



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**SOBRELOTAÇÃO CARCERÁRIA E
PODER JUDICIAL: UMA RELAÇÃO
AMBIVALENTE**

CAMILA PINTO BITTENCOURT

27533

CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM

CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS (2.º CICLO)

ORIENTADOR: PROF. DR. AUGUSTO SILVA DIAS

2017/2018

Resumo:

A sobrelotação carcerária é um problema recorrente em muitos países atualmente. Sobre o tema, é comum a análise sob o viés legislativo - cuja influência de ideologias punitivistas são latentes -, que concretiza políticas encarceradoras e perpetua o cenário caótico dos sistemas penitenciários. No entanto, o estudo restrito à legislação e/ou às políticas públicas colocadas em práticas pelo Executivo não é suficiente para entender o aumento e/ou diminuição da população carcerária. Nesse sentido, o presente estudo pretende incluir no debate sobre o assunto a atuação do Poder Judicial, eis que operador concretizador do Direito. Assim, através do estudo jurisprudencial, buscar-se-á avaliar como a relação do Poder Judicial pode tanto incentivar a sobrelotação carcerária quanto incentivar seu decréscimo.

Palavras-chave:

Sobrelotação carcerária – punitivismo - penas de prisão de curta duração – prisões provisórias – jurisprudência

Resumen:

La superpoblación carcelaria es un problema recurrente en muchos países. Sobre el tema, es común el análisis hacia un enfoque legislativo - cuya influencia de ideologías punitivistas son latentes-, que concreta políticas encarceladoras y perpetúa el escenario caótico de los sistemas penitenciarios. Sin embargo, el estudio restringido a la legislación y/o las políticas públicas colocadas en prácticas por el Ejecutivo no es suficiente para entender el aumento y/o disminución de la población carcelaria. En este sentido, el presente estudio pretende incluir en este debate la actuación del Poder Judicial, como agente y concretizador del Derecho. Así, a través del estudio jurisprudencial, se buscará evaluar cómo la actuación del Poder Judicial puede, a la vez, alentar la superpoblación carcelaria como incentivar su disminución.

Palabras clave:

Superpoblación carcelaria – punitivismo – penas privativas de libertad de corta duración – prisión provisional – jurisprudencia

A autora optou por não usar o Novo Acordo Ortográfico.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
ADPF	-	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
art. ^o , art ^{os} .	-	artigo, artigos
BGH	-	Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)
bibl.	-	bibliografia
c.	-	circa (à volta de)
cap.	-	capítulo
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
cf.	-	confira, confronto
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
CRFB/88	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
ECI	-	Estado de coisas inconstitucional
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
e. g.	-	exempli gratia (por exemplo)
et al.	-	et alii (e outros)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
i. e.	-	id est (isto é)
MP	-	Ministério Público
n.	-	nota
n. ^o , n. ^{os}	-	número, números
n. m., ns. ms.	-	número marginal, números marginais
n. p.	-	não publicada(o)
N.T.	-	nota do tradutor
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
PLRA	-	Prison Litigation Reform Act de 1995
Port.	-	Português
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
s., ss.	-	seguinte, seguintes
s. d.	-	sem data
séc.	-	século
StGB	-	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StPO	-	Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal)
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
v. g.	-	verbi gratia (por exemplo)
vol., vols.	-	volume, volumes

ÍNDICE

Introdução	9
I. A sobrelotação hoje: factores e consequências.....	12
1. Da solidariedade ao punitivismo: criando bases para o encarceramento massivo ..	17
2. Expansão penal, modelo penal de seguridade e gestão dos indesejados.....	25
II. O processo decisório sob a égide punitivista	32
III. A jurisprudência a favor da sobrelotação.....	42
1. Pena de prisão de curta duração	42
a) Breves considerações introdutórias.....	42
b) Substituição e suspensão das penas de prisão de curta duração	46
2. Prisão preventiva: da exceção à regra	53
a) Breves considerações doutrinárias.....	53
b) Distorção de pressupostos e uso indiscriminado	56
IV. O Poder Judicial no combate à sobrelotação	67
1. Da jurisprudência selecionada.....	67
a) O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro	68
b) O caso Torreggiani e outros v. Itália no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	75
c) O caso Brown v. Plata na Supreme Court Americana	82
2. Da legitimidade das decisões	86
Conclusão.....	89
Bibliografia	93

Introdução

Estima-se que existem mais de 10 milhões pessoas presas por todo o mundo, sendo que, a cada ano, 30 milhões de pessoas ingressam em estabelecimentos carcerários¹. As baixas perspectivas de redução significativa desse numerário, tornam o fenômeno da superlotação carcerária um fato social a ser enfrentado pelo mundo contemporâneo.

Trata-se de fenômeno de fácil identificação, reconhecido pelo simples olhar sobre as unidades penais². Apesar disso, importante que se faça uma definição, propiciando uma melhor compreensão das causas e consequências deste fenômeno, bem como para identificar como tribunais o definem e o trabalham. Nesse contexto, o conceito de sobrelotação pode ser analisado sob duas óticas distintas – mas complementares³. De um lado, há o olhar baseado nos princípios e ditames humanitários; de outro, os prismas oriundos da administração penitenciária.

No que tange aos direitos humanos fundamentais, tem lugar de destaque as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, adotado pelas Nações Unidas após Congresso realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1957⁴, que não objetiva descrever detalhadamente o modelo de sistema prisional, mas sim “estabelecer bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional”⁵.

¹ Cf. Allen, R., “Current situation of prison overcrowding”, in United Nations Asia and Far East Institute for the prevention of crime and the treatment of offenders (UNAFEI), *Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities*, Tokyo, 2011 (pp. 39-42), p. 39

² *Idem*, p. 39.

³ Cf. Albrecht, H.J., “Finding effective solutions. Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities”, in United Nations Asia and Far East Institute for the prevention of crime and the treatment of offenders (UNAFEI), *Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities*, Tokyo, 2011 (pp. 65-130), p. 67.

⁴ No ano de 2015 as Nações Unidas revisitaram as normas iniciais, editando as Regras de Mandela, observando a evolução doutrinária a respeito do tema, cf. Lewandowski, R., “Apresentação”, in Brasil, Conselho Nacional de Justiça, *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 9.

⁵ Cf. Observação preliminar 1, *Regras de Mandela*.

Especificamente às acomodações, o item 1 da Regra 12 recomenda que as celas ou quartos destinados ao descanso noturno acolham apenas um preso. Ressaltando que, em situações especiais - tal como superlotação temporária -, não é recomendável que se acomodem mais de dois presos na mesma cela⁶. Ainda no tema, aconselha-se que os ambientes de uso dos presos satisfaçam exigências de higiene e saúde, respeite o espaço mínimo, iluminação, aquecimento e ventilação, conforme Regra 13 e seguintes⁷.

Compartilham desse entendimento as Regras Penitenciárias Europeias, editadas pelo Conselho da Europa em 2006. Com efeito, a Parte II das Regras aborda justamente as condições da reclusão, estabelecendo normas semelhantes àquelas elencadas pelas Nações Unidas⁸.

É preciso ter em mente, contudo, que as referidas regras configuram um *guideline*, com base em estudos atinentes ao sistema penitenciário, sem poder vinculante aos Estados. A ausência de consenso a nível internacional quanto aos *standards* adotados pode ser um empecilho à conceituação de sobrelotação nesse âmbito⁹.

De outra sorte, a administração penitenciária funda-se, basicamente, no número de presos que excedam a capacidade específica atribuída a uma determinada instituição penal¹⁰. Dentro dessa concepção, oscila através de uma função matemática, cujas variantes são as quantidades de entradas e saída de reclusos, bem como o tempo em que cada recluso permanece no cárcere. Trata-se de uma concepção mais simplista, onde não se consideram as condições de habitação, mas sim um olhar sobre a capacidade

⁶ O Código de execução de penas e medidas privativas da liberdade em vigor em Portugal, instituído pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, acompanha esse raciocínio. Com base no art.º 26.º, n.ºs 1, 2 2 3, os reclusos são alojados em celas individuais, podendo ser alojados em comum em função dos regimes de execução de por razões familiares, de tratamento, de prevenção de riscos físicos ou psíquicos ou em caso de insuficiência temporária de alojamento. Igualmente, a Lei de execuções penais (Lei n.º 7.210/1984), em vigor em terras brasileiras, estipula que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, nos moldes do art.º 88.

⁷ Tanto a legislação brasileira, quanto a portuguesa acompanham essas regras, como se depreende da leitura do artigo 88, “a”, da Lei n.º 7.210/1984, em vigor no Brasil e do artigo 26, n.º 4 da Lei portuguesa n.º 115/2009.

⁸ Destaque para a regra n.º 18.4, que assegura ao direito interno o estabelecimento de pressupostos de cumprimento, em caso de sobrelotação, dos requisitos mínimos.

⁹ Cf. Albrecht, H.J., “Finding effective solutions...”, p. 68.

¹⁰ *Idem.*, p. 69.

arquitetônica – que, não necessariamente, visa atender aos requisitos mínimos de existência humana.

Como já antecipado, cada uma dessas concepções se complementa, formando a ideia de sobrelotação carcerária. Para efeitos do presente trabalho, utilizar-se-á os padrões adotados pelas Regras de Mandela, que, muito embora não seja sinônimo de uniformização internacional, abarca diversos Estados-membros, buscando a adoção dos *standards* por todos eles. Assim, o desrespeito às normas lá elencadas por excesso de custodiados será considerado superlotação carcerária.

Todavia, o simples entendimento desse fenômeno não é suficiente para embasar cientificamente o presente estudo, sendo imprescindível a aferição e compreensão dos fatos que dão causa a esse fenômeno. Assim, faz-se necessário um olhar sobre questões políticas, econômicas e sociais, e como esses fatores influenciam na política criminal específica de cada sociedade¹¹.

Nessa ótica, far-se-á um estudo sobre a consolidação da pena privativa de liberdade como pena principal no direito penal, e como se perpetua até os dias atuais – inobstante o crescimento de esforços para aplicar-se penas alternativas. Através da evolução histórica, será possível vislumbrar o desenvolvimento da ideologia punitivista, que emprega demasiada ênfase na prisão, e a mantém em posição de destaque no sistema penal, levando cada vez mais pessoas ao cárcere.

É comum o discurso quanto à influência de tais ideologias na legislação penal. Entretanto, o presente estudo focará na presença desse pensamento no âmbito do Poder Judicial. Buscar-se-á entender se o punitivismo influi, também, no processo decisório judicial, privilegiando-se penas mais severas, em razão dessa visão.

Certo é que não se pode atribuir a responsabilidade pelas taxas de encarceramento e sobrelotação à apenas um Poder, sendo que legislação e práticas de sentenciamento unem-se para influenciar no aumento dessas taxas. Não obstante, o objeto desse trabalho consiste especificamente em avaliar a relação ambivalente do Poder Judicial face a sobrelotação carcerária, aumentando-a ou combatendo-a.

¹¹ “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma sociedade* que concretamente se organizou de *determinada maneira*.” (grifo no original), cf. Batista, N., *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11.^a ed., Rio de Janeiro: 2007.

Isto posto, ressaltamos que a sobrelotação pode ser fruto de causas diversas; em alguns países pode ocorrer em razão do alto número de presos provisórios, em outros, em razão do tempo de duração das penas de prisão – demasiadas longas ou excesso de penas curtas –, ou, então, em razão da combinação desses – e outros – fatores¹².

No que concerne à perpetuação/aumento da população carcerária, a análise recairá sob dois enfoques: a uma, no exercício da individualização da pena, ao impor penas de prisão de curta duração, em detrimento às penas restritivas de direito, seja através da suspensão ou substituição da pena aplicada. A duas, avaliando o uso em excesso da prisão provisória, medida excepcional, no lugar de medidas alternativas.

Em ambas perspectivas, far-se-á uma exposição das normas reguladoras desses institutos, como base a demonstrar a existência de um sistema que coloca à disposição do magistrado um espaço de jogo que permite a aplicação de penas/medidas cautelares distintas daquela privativa de liberdade. Ato contínuo, discorrer-se-á sobre os subterfúgios utilizados pelos julgadores para desconsiderar tais sistemas legais, privilegiando o envio – seletivo – de pessoas ao cárcere.

Por fim, esse estudo objetiva demonstrar como o Poder Judicial – numa perspectiva global – pode, ainda, romper com tal lógica, e proferir decisões aptas a reduzir a sobrelotação carcerária. Demonstrando, inclusive, sua legilimitade, sob o escopo da proteção dos direitos humanos, amplamente violados pelas péssimas condições de permanência dos reclusos no sistema penitenciário.

I. A sobrelotação hoje: factores e consequências

Nos ensinamentos de David Garland, encarceramento massivo é aquele que implica uma taxa de aprisionamento e tamanho da população prisional marcadamente acima dos limites históricos, e destoantes se comparados com sociedades do mesmo tipo¹³.

¹² Cf. Council of Europe, European committee on crime problems, Council for penological co-operation, Directorate General human rights and rule of law, *White paper on prison overcrowding*, 2015, p. 8.

¹³ Cf. Garland, D., “The meaning of mass imprisonment”, in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 01-03), p. 01 e ss.

Igualmente, afirma que o aprisionamento se torna massivo quando deixa de encarcerar delinquentes individualmente e passa a encarcerar grupos populacionais inteiros¹⁴.

Contudo, a simples definição deste fenômeno, não é suficiente para aclarar como e porquê a reclusão tornou-se o principal meio de punição, permanecendo como instrumento de destaque no sistema punitivo por tanto tempo, ainda que sejam criadas medidas alternativas à disposição dos julgadores.

Certo é que, originariamente, a reclusão não era utilizada tal como atualmente. Na maioria das vezes, seu uso destinava-se apenas a manter aqueles que aguardavam um julgamento¹⁵, como espécie de “caução física”¹⁶. Não era comum a percepção da pura restrição da liberdade como instrumento de punição¹⁷. Tal concepção adveio de construção teórica realizada no decorrer da evolução social, a partir do século XVIII, por motivos de política criminal, penológicos, socioeconômicos e, até mesmo, religiosos.

Portanto, o câmbio da prisão como custódia para a prisão como pena não decorre de um único fator, mas sim de uma convergência de motivos. Primeiro, por razões de políticas criminais, o recurso à prisão deu-se para conter o aumento da criminalidade decorrente do fluxo migratório ocasionado pelo desenvolvimento urbano¹⁸. Em segundo, no sentido penológico, é possível atribuir o descrédito das penas corporais, principalmente, sobre as penas de morte¹⁹. Por fim, elencam-se os elementos socioeconômico, que via no apenado fonte de mão-de-obra barata, e o religioso, que atribui o viés de penitência à pena²⁰.

¹⁴ Cf. Garland, D., “The meaning of mass...”, p. 1 e ss.

¹⁵ “Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento, onde os réus quase perdiam meses ou anos até que o caso chegasse ao fim”, cf. Rusche, G., Kirchheimer, O., *Punição e estrutura social*, trad. Gizlene Neder, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan: 2004, p. 95.

¹⁶ Cf. Foucault, M. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*, trad. Ivone C. Benedetti, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 61.

¹⁷ Cf. Melossi, D., Pavarini, M., *As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*, Trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 21.

¹⁸ Cf. Donderis, V. C., *Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 66.

¹⁹ *Idem*, p. 66.

²⁰ *Ibidem*, p. 67.

De forma mais detalhada, Foucault apresenta o desenvolvimento das punições na sociedade elencando quatro grandes formas de táticas punitivas, definidas através de quatro verbos: ‘excluir’, ‘organizar um ressarcimento, impor uma compensação’, ‘marcar’ e ‘encarcerar’²¹, permitindo compreender a evolução do sistema punitivo.

Em síntese apertada, o primeiro verbo simbolizava a exclusão total do condenado da sociedade a qual pertence. A exclusão seria feita através do exílio, da proibição da presença dos lugares comunitário, e, até mesmo de sua própria casa. Era um método utilizado, principalmente, pelo sistema penal da Grécia arcaica²².

De outro lado, a segunda tática confere uma série de obrigações a serem cumpridas pelo infrator, tanto em relação ao lesado – vítima -, quanto à sociedade. Foucault compara esse rol de obrigações a uma dívida a ser reembolsada, ou um dano a ser reparado²³.

Já a terceira tática – *marcar* – é tida por Foucault como método que cria uma cicatriz no indivíduo, podendo atingir tanto o corpo físico, quanto “mácula simbólica a seu nome, humilhar seu nome”²⁴. Aqui, o objetivo deixa de ser a exclusão ou o ressarcimento, passando a ser aquilo que deve ser ressaltado, “algo que gire em torno da vergonha ou da infâmia”²⁵. Foi o método que predominou no Ocidente no período compreendido entre o fim da Alta Idade Média ao século XVIII²⁶.

O célebre estudo *Surveiller et punir*, do mesmo autor, aborda com profundidade a tática punitiva de marcar. Nessa oportunidade, traz à baila a ordenação de 1670, que regeu a França até a Revolução Francesa, que tinha como principais castigos previstos a pena de morte, os suplícios corporais, multas e banimentos. Argumenta que, inobstante o arsenal de horror constituído pelo rol de suplícios corporais, este não era o tipo de pena mais frequente, sendo as penas de banimento e de multa as mais comuns na jurisprudência²⁷.

²¹ Cf. Foucault, M. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*, trad. Ivone C. Benedetti, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 7.

²² *Idem*, p. 8.

²³ *Ibidem.*, p. 8.

²⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁵ *Ibidem*, p. 8,

²⁶ *Ibidem*, p. 9.

²⁷ Cf. Foucault, M., *Vigiar e punir...*, p. 35.

Ainda assim, os suplícios tinham papel de destaque no ordenamento jurídico, com grande impacto na população. O suplício não era sinônimo apenas de punição corporal qualquer, mas de uma “produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”²⁸. Era, portanto, a personificação de um poder maior atribuído àquele que pune, isto é, o soberano²⁹, atribuindo infâmia ao infrator.

Com efeito, o suplício não se manifestava apenas nos castigos corporais, perpassando, antes de mais, pelo sinuoso processo judicial, que permanecia em segredo tanto para o acusado quanto para o público em geral, sendo seu conhecimento tão somente da acusação³⁰.

Chegando à segunda metade do século XVIII, já era farto o número de filósofos e teóricos do direito que se insurgiram contra as formas de suplícios em vigor no sistema penal, buscando novas formas de punir³¹. O suplício passou a ser visto como método intolerável, que “revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o ‘cruel prazer de punir’”³².

Surgem, assim, o discurso crítico dos chamados “reformadores”, que impõem suavidade ao ordenamento jurídico até então em vigor³³. Dentre eles, ganhou destaque Cesare Beccaria, que invoca a necessidade da moderação da pena, afirmando que “o fim das penas não pode ser atormentar um ser sensível”³⁴. Igualmente, insurgiu-se quanto à duração do julgamento, impondo uma presteza deste, de modo a torna-lo justo, além de poupar o acusado “dos cruéis tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza”³⁵.

²⁸ Cf. Foucault, M., *Vigiar e punir...*, p. 36.

²⁹ “Diante da justiça do soberano, todas as vozes devem-se calar”, cf. Foucault, M., *Vigiar e punir...*, p. 37.

³⁰ *Idem*, p. 37.

³¹ *Ibidem*, p. 71.

³² *Ibidem*, p. 71.

³³ *Ibidem*, p. 73.

³⁴ Cf. Beccaria, C., *Dos delitos e das penas*, E-book, Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes, pos. 443.

³⁵ *Idem*, pos. 588.

Por fim, Michel Foucault narra a tática do encarceramento, que ganha força na virada do século XVIII para o XIX³⁶, como modelo “monótono e rígido”³⁷. No seu entender, essa tática punitiva apresenta uma nova variável fundamental: o tempo. Para melhor entender a assertiva, bem como desenvolver o argumento, Foucault compara o encarceramento com o salário, aduzindo que o salário retribui o tempo durante o qual o indivíduo empregou sua força de trabalho, ao passo que o tempo de liberdade seria o preço de uma infração^{38/39}.

Outra característica fundamental da prisão, na visão foucaultiana, é o viés penitenciário. Nessa perspectiva, o penitenciário advém da penitência religiosa⁴⁰. A reclusão seria uma espécie de prisão para a alma, corrigindo e ajustando os reclusos às exigências sociais⁴¹. Por seu turno, ao longo do século XVIII o Estado capitalista torna-se o “agente essencial da moralidade, da vigilância e do controle ético-jurídico”⁴². Portanto, encontra na prisão o instrumento compatível com o exercício do seu poder moralizador, encaixando a população nos padrões desejados.

Foucault conclui, então, que os instrumentos vigilância instauram-se como “relação de poder indispensável à fixação dos indivíduos no aparato de produção, à constituição das forças produtivas”⁴³. Seria, assim um “meio de coerção ética e política necessária para que o corpo, o tempo, a vida e os homens sejam integrados no jogo das forças produtivas”⁴⁴.

³⁶ Cf. Foucault, M., *A sociedade...*, p. 9.

³⁷ *Idem*, p. 65.

³⁸ *Ibidem*, p. 65.

³⁹ “(...) essa repressão do tempo e pelo tempo é a espécie de continuidade entre o relógio de ponto, o cronômetro da linha de montagem e o calendário da prisão”, cf. Foucault, M., *A sociedade...*, p. 67.

⁴⁰ Cf. Foucault, M. *A sociedade...*, p. 83.

⁴¹ *Idem*, p. 93.

⁴² *Ibidem*, p. 102.

⁴³ *Ibidem*, p. 180.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 180

Outras linhas de investigação - de igual importância - associavam o surgimento do sistema prisional, tal como conhecido atualmente, ao recrutamento de mão de obra⁴⁵. Além de ganhar força por ser um sistema de punição de baixo custo, autossustentável e que poderia trazer vantagens com a mão de obra gerada⁴⁶.

Conclui-se, pois, que, a partir do século XVIII, a pena de prisão foi definitivamente institucionalizada como principal instrumento de punição, sendo utilizada até os dias atuais, em maior ou menor grau, a depender dos princípios adotados pela política criminal vigente, sob forte influência de elementos políticos, econômicos e sociais, como será adiante evidenciado.

O uso contemporâneo da prisão vem aumentando exponencialmente, tornando-se massivo e preocupante e, conseqüentemente, as populações carcerárias acompanham tal aumento, vivendo um estado frequente de hiperinflação em muitos países⁴⁷. Contudo, o crescimento da população carcerária vem sido atribuído muito mais às políticas criminais e sistemas jurídicos, em especial quanto ao modo de lidar com o crime, o delinquente e com as classes menos favorecidas economicamente, do que às taxas de criminalidade⁴⁸, como será adiante pormenorizado.

1. Da solidariedade ao punitivismo: criando bases para o encarceramento massivo

Há muito que se vinculam as taxas de criminalidade aos aspectos sociais e não à severidade do sistema punitivo. Já em meados do século XIX, António Ribeiro dos Santos afirmava que, para evitar ou diminuir delitos, antes das penas severas, seria necessário cuidar da educação e dos costumes, melhorando os homens, que seriam as

⁴⁵ “(...) o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho”, cf. Rusche, G., Kirchheimer, O., *Punição e estrutura social*, trad. Gizlene Neder, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan: 2004, p. 99.

⁴⁶ *Idem*, p. 104.

⁴⁷ Segundo o anuário estático penal do Conselho Europeu, até setembro de 2014, ao menos 13 Estados Membros da União Europeia detinham um quadro de sobrelotação carcerária, cf. Aebi, M. F., Tiago, M.M., Burhardt, C., *Space I – Council of European annual statistics: prison populations survey 2014*, Strasbourg: Council of Europe, 2015, p. 50.

⁴⁸ Council of Europe, European committee on crime problems, Council for penological co-operation, Directorate General human rights and rule of law, *White paper on prison overcrowding*, 2015, p 6.

causas e motivos originários dos delitos⁴⁹, ou seja, um ambiente solidário, no lugar de punitivo.

Dentro dessa ótica, impõe trazer à lume o sistema do previdenciarismo penal, que foi moldado e impulsionado pelo ambiente de políticas econômicas e sociais proporcionado pelo *Welfare State*⁵⁰, disseminado, principalmente, no pós-guerra. Com a implementação de medidas que proporcionaram o crescimento econômico, e, consequentemente, o aumento de empregos, diminuição da desigualdade e aumento da rede de seguridade social. Sob essa mudança, “o crime deixava de ser visto como uma ameaça à ordem social, mas como uma relíquia renitente de privações passadas”⁵¹.

Principalmente liderado por Estados Unidos e Grã Bretanha⁵², o previdenciarismo penal tinha como ponto de partida a ideia de medida penal como medida de reabilitação, deixando em segundo plano a punição retributiva⁵³. Nesse sistema, os princípios penais-previdenciários objetivavam a reforma do indivíduo, no lugar da simples punição⁵⁴.

Com o fortalecimento de tais princípios, o recurso à prisão padrão é reduzido, eis que passa a ser considerado contraproducente, do ponto de vista reabilitador. Essa visão abre espaço para regimes de custódia alternativos, como reformatórios para jovens, prisões-escola, estabelecimentos correccionais, etc⁵⁵, permitindo a política indeterminada de sentenciamento.

Diante desses novos regimes, os órgãos julgadores ganham maior liberdade, não só quanto ao regime a ser aplicado na superveniência da condenação, como também para

⁴⁹ Cf. Santos, A. R., “Discurso sobre a pena de morte e reflexões sobre alguns crimes” in *Jornal de Coimbra*, num. XXXIII, parte II, (pp. 101-147), disponível em: <https://www.fd.uc.pt/comemoracoes150anosabolicaopenamorte/pdf/discurso.pdf>, acesso em: 23/11/2017, p. 113.

⁵⁰ Cf. Garland, D., *A cultura do controle: crime e ordem social sociedade contemporânea*, Trad. André Nascimento, Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 118.

⁵¹ *Idem* p. 123.

⁵² *Ibidem*, p. 95.

⁵³ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 104.

definir a medida da pena⁵⁶. Inclusive, o tempo mínimo do tempo a ser cumprido poderia não ser determinado expressamente, mas sim de maneira implícita⁵⁷, assegurando que o condenado permaneça no cárcere tão somente pelo tempo necessário à sua reabilitação. Igualmente, atribuiu-se ao *Parole Board* a possibilidade de retirar condenados da prisão, caso assim entendesse⁵⁸.

O modelo ressocializador foi impulsionado pela ideologia de tratamento, partindo do pressuposto que a legitimação do direito penal advém da sua capacidade para reabilitar o infrator, ao passo que todo instrumento penal deveria visar essa finalidade⁵⁹. Pautada nessa legitimação, os demais fins da pena – retributivo e prevencionista – são colocados em segundo plano⁶⁰.

Baseando-se nesses princípios, é atribuída especial atenção às condições pessoais e sociais no momento do ato infrator, permitindo a aplicação de penas indeterminadas, onde a duração e conteúdo são determinadas na intenção de alcançar a efetiva ressocialização do infrator⁶¹. Nesse contexto, penas alternativas são priorizadas, em detrimento da pena de prisão, evitando as consequências negativas típicas de qualquer internamento⁶².

Diante dessa mudança ideológica, o Estado assumia a responsabilidade tanto pela reforma, quanto pelo bem-estar dos infratores⁶³. Nessa ótica, o Estado deveria prover, antes de mais, uma reforma social e provisão previdenciária, já que se acreditava na redução do crime através da melhoria das econômicas e da promoção de justiça social⁶⁴.

⁵⁶ Cf. Koppel. H., *Sentencing practices in 13 states*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/sp13s.pdf>, acesso em 05.07.2017, p. 02.

⁵⁷ *Idem*, p. 2

⁵⁸ *Idem*, p. 2.

⁵⁹ Cf. Ripollés, J.L.D., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 06-03, 2004, disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, acesso em: 09.07.2017, p. 3 e ss.

⁶⁰ *Idem*, p. 4.

⁶¹ *Ibidem*, p. 4.

⁶² *Ibidem*, p. 4.

⁶³ Cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 110.

⁶⁴ *Idem*, p. 111.

Entretanto, ao mesmo tempo que a justiça social constituía elemento formador do previdenciarismo penal, esta também fundamentou uma crítica ao sistema: ora, se o crime era fruto de um problema social, então as respostas correcionalistas estavam fadadas ao fracasso⁶⁵. Mediar-se-iam as consequências e não as causas do crime. É possível afirmar, portanto, que a sociedade produz, por si mesma a delinquência decorrente das desigualdades sociais, devendo esta ser objeto de ressocialização⁶⁶.

Igualmente, o modelo garantista do direito penal questionava o viés ressocializador tal como idealizado pelo previdenciarismo penal. A crítica girava em torno da legitimidade das medidas penais intervencionistas sobre direitos e personalidade do agente infrator⁶⁷, exigindo-se que a responsabilidade decorresse exclusivamente da ação criminosa concretamente realizada⁶⁸.

Outrossim, liberais repreendiam o sistema de penas indeterminadas associadas à reabilitação, argumentando o risco potencial de políticas discriminatórias e possível arbítrio e abuso por parte do judiciário⁶⁹.

Mesmo sob críticas, o previdenciarismo penal consolidou uma hegemonia da linguagem correcionalista, reduzindo as expressões explicitamente punitivistas da política criminal, refletindo diretamente na sociedade civil⁷⁰. Discutia-se a aplicação de penas alternativas, objetivando o desencarceramento⁷¹, sendo a prisão a *ultima ratio*, reservada

⁶⁵ Cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 111.

⁶⁶ Cf. Donderis, V. C., *Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 34.

⁶⁷ Cf. Ripollés, J.L.D., “El nuevo modelo penal...”, p. 5.

⁶⁸ *Idem*, p. 5.

⁶⁹ Cf. Beckett, K., Western, B., “Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy”, in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 35-50), p. 38.

⁷⁰ Cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 113.

⁷¹ Nos EUA, durante os anos 1960, “a demografia penitenciária do país se inclinara para a baixa, de modo que, em 1975, o número de detentos caiu para 380.000, depois de um decréscimo lento mas regular de cerca de 1% ao ano”, cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria*, Trad. Maria Luiza X. de A. Borges, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 89.

àqueles tidos como perigosos⁷², chegando a surgir, até mesmo ideologias abolicionistas do cárcere⁷³.

O apoio ao previdenciarismo penal começou a ruir na década de setenta do século XX, havendo mudanças significativas nos ideais de política criminal, repercutindo até os dias atuais⁷⁴. Especificamente quanto à sociedade americana, no decorrer desse período, constatou-se aumento das taxas da criminalidade – decorrente tanto do aumento de recursos à polícia e da tecnologia utilizada, quanto pelo aumento da urbanização e outros fatores – e, principalmente, aumento da percepção social do aumento da criminalidade⁷⁵.

Passou-se a disseminar a ideia de que a reabilitação era ineficaz, necessitando um reavivamento do retribucionismo, além de uma maior severidade das punições. Difunde-se, então, a imagem de que o encarceramento massivo seria a única, ou a mais efetiva, forma de responder ao aumento da criminalidade⁷⁶.

Fortemente influenciada pela disseminação da crítica de que “nada funciona”⁷⁷, a política criminal era posta em xeque desde o momento do policiamento até à reinserção do infrator na sociedade. Nesse cenário, ganham destaque a linha de pensamento atrelada às penas mais severas ou, eufemisticamente, “penas justas”⁷⁸, impactando frontalmente as políticas de sentenciamento e, conseqüentemente, nos índices demográficos das penitenciárias.

⁷² Cf. Wacquant, L., *As prisões...*, p. 89.

⁷³ *Idem*, p. 89.

⁷⁴ Cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 143.

⁷⁵ Cf. Mauer, M., “The causes and consequences of prison growth in the United States”, in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 4-14), p. 8.

⁷⁶ *Idem*, p. 8

⁷⁷ “Influenciadas pelos resultados negativos de pesquisas e estudos, pelas crescentes taxas de criminalidade, mas também por um espreado sentimento de desilusão e pessimismo, as instituições, uma após a outra, passaram a ser vistas como ineficientes ou contraproducentes”, cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 155.

⁷⁸ Cf. Garland, D., *A cultura do controle...*, p. 153 e ss.

Em síntese, o otimismo até então disseminado quanto ao regime de punição da época, deu lugar a um ceticismo quanto à racionalidade e efetividade das penas, onde a reabilitação do infrator deixa de ser primazia⁷⁹.

Para além do crescimento das taxas de criminalidade na sociedade americana, também é possível elencar a mudança de patamar legislativo do crime. Este deixa de ser tratado a nível local, elevando-se a objeto de política nacional⁸⁰ - esta fortemente influenciada pelo conservadorismo, cujos ideais preveem políticas e atitudes mais duras com as minorias beneficiárias de medidas assistenciais, como negros, imigrantes, etc⁸¹.

Num viés mais subjetivo, cita-se como outro fator que possibilitou a inversão dos valores a cultura americana do individualismo. A primazia do individual, em oposição ao coletivo e dos artifícios de assistência social, abre espaço propício e receptivo ao recrudescimento penal e ao encarceramento⁸².

Para além do mais, esses fatores afastam políticas inclusivas, que destacam as causas sociais da marginalidade e são mais otimistas em relação à capacidade estatal de integrar aqueles vistos como marginais, através de assistência social generosa e menos punitivista no âmbito penal⁸³. Ao revés, influenciam regimes exclusivos, cuja visão pessimista sobre a carência econômica e o comportamento desviante, tidos como irreversíveis, permitem a ascensão de medidas segregacionistas, com baixos níveis de assistência social e prevalência do estado penal punitivista⁸⁴.

Sob essa visão, passa a ocorrer forte redução nos gastos sociais destinados às minorias, com, além de mudanças latentes nas regras trabalhistas, operando um verdadeiro desmantelamento do Estado-providência⁸⁵. Conforme afirma Wacquant, essas mudanças geram diversos danos à sociedade, tais como precariedade e a pobreza de

⁷⁹ Cf. Garland, D., *Punishment and modern society: a study in social theory*, 5.^a reimp., Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 4.

⁸⁰ Cf. Mauer, M., "The causes and consequences ...", p. 9.

⁸¹ *Idem*, p. 9.

⁸² *Ibidem*, p. 9.

⁸³ Cf. Beckett, K., Western, B., "Governing social marginality...", p. 39.

⁸⁴ *Idem*, p. 39.

⁸⁵ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 85.

massa, a generalização da insegurança social e crescimento da desigualdade, que desaguam no crescimento da segregação e criminalidade⁸⁶.

O giro nas políticas econômicas, com a atrofia do Estado-providência, requer a hipertrofia do Estado penal⁸⁷, ensejando, então, um crescimento além do normal da população prisional americana, que, em 15 anos, triplicou de tamanho⁸⁸. Em verdade, vivencia-se o paradoxo apontado por Wacquant: “busca-se remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva”⁸⁹.

O neoliberalismo conservador, no âmbito econômico, forma um Estado insolidário, tanto com os ‘perdedores’ econômicos e com os delinquentes, abdicando de medidas político-assistências, rompendo com os pilares trazidos pela Revolução Francesa, onde ‘liberdade, igualdade e fraternidade’ são racionadas ou, até mesmo esquecidas, favorecendo o surgimento/aumento da delinquência⁹⁰. Assim, essa ineficácia econômica, é suprida pelo endurecimento da legislação penal.

Tais mudanças ideológicas conduziram a uma política criminal declaradamente expansiva, que prolonga e endurece as condenações à prisão preventiva de liberdade, diminuindo a possibilidade de substituição por medidas alternativas⁹¹. Ao mesmo tempo que se roga por um estado mínimo de intervenção econômica, reclama-se uma intervenção cada vez mais forte na luta contra o delito⁹².

Ganham força, então, as políticas criminais que estabelecem o rigor penal e apresentam soluções ultrarepressivas, colocando fim a uma suposta ‘era de indulgência’ e fazendo

⁸⁶ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 85.

⁸⁷ Isso porquê, “a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”, cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 88.

⁸⁸ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 89.

⁸⁹ *Idem*, p. 9.

⁹⁰ Cf. Mir Puig, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011, p. 22.

⁹¹ *Idem*, p. 21.

⁹² *Ibidem*, p. 21.

frente enérgica não só aos delitos, como a um conjunto de condutas consideradas antissociais⁹³.

Esses modelos punitivistas, então, passam a ser objeto de importação por outros países, inclusive pela União Europeia⁹⁴, que se rendem à tentação de recorrer à polícia, tribunais e à prisão para frear avanços na criminalidade gerada pelo desemprego em massa, pela precarização do trabalho assalariado e pela diminuição das políticas assistenciais⁹⁵.

O novo pensamento, advindo dos Estados Unidos, chega à Europa, principalmente, para influenciar as políticas macroeconômicas, encorajando-a a reformular as relações empregatícias, bem como nos benefícios sociais vigentes⁹⁶. Os países importadores deixam-se seduzir pelo propagado crescimento econômico e pela (duvidosa) redução da criminalidade, propagados pelos EUA, atribuindo-se, então uma aura de sucesso ao encarceramento e à redução dos gastos sociais⁹⁷.

De cariz oposto às medidas assistenciais, surge a doutrina da “tolerância zero”, “instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”⁹⁸ – isto é, aquela pobreza que se vê, que causa distúrbios no espaço público e, por conseguinte, fomenta a sensação de insegurança⁹⁹. Surge, pois, a ideologia militar de “guerra” ao crime e de “reconquista” do espaço público, assimilando o delinquente, sem-teto, mendigos e outros ao inimigo¹⁰⁰, criminalizando todas as condutas tidas como

⁹³ Cf. Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?” in Revista electrónica de ciencia penal y criminología, vol. 11, 2009, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>, acesso em 23/11/2017, p. 11.

⁹⁴ Sobre a importação da política criminal *made in USA* para o continente Europeu, ver a exposição detalhada elaborada por Loïc Wacquant na obra *As prisões da miséria*, aqui amplamente citada.

⁹⁵ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 19.

⁹⁶ Cf. Downes, D., “The macho penal economy: mass incarceration in the United States – a European perspective”, in in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 51-69), p. 62.

⁹⁷ Cf. Downes, D., “The macho penal economy...”, p. 63.

⁹⁸ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 38.

⁹⁹ *Idem*, p. 38.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

inconvenientes¹⁰¹, impulsionando o uso massivo do direito penal e, por consequência, do cárcere.

2. Expansão penal, modelo penal de segurança e gestão dos indesejados

Sob a interferência do panorama anteriormente delineado¹⁰², o direito penal, de maneira geral¹⁰³, vem sofrendo um alargamento desproporcional, sendo utilizado para conter os mais diversos tipos de condutas, ainda que meramente morais. A expansão, todavia, não é observada tão somente na criação de novos tipos penais, como também no recrudescimento das normas penais já existentes. Essas mudanças político/legislativas recaem diretamente sobre o judiciário, que, por força do princípio da legalidade, se vê adstrito ao seu conteúdo. Logo, razoável ponderar, ainda que de forma resumida, os caminhos tomados pela política criminal, para, então, avaliar sua força sobre o Poder Judicial.

Inicialmente, cabe ponderar que o direito penal funciona como instrumento legítimo máximo de proteção dos bens jurídicos essenciais de uma sociedade, isto é, daqueles

¹⁰¹ “Na atualidade, a resposta estatal ao desvio punível adquire, cada vez mais, uma função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social”, cf. Carvalho, S., *Penas e Garantia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217.

¹⁰² Importante destacar que as políticas de ‘tolerância zero’ se integram com a expansão penal, mas não se confundem com esta. Nesse sentido, o Mestre Silva Sanchez esclarece que as propostas do movimento de lei e ordem se dirigiam a reclamar uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra os fenômenos de delinquência de massa, ao passo que a expansão penal seria caracterizada pela introdução de novos tipos penais, bem como o agravamento dos já existentes, com a criação de novos bens jurídicos penais e flexibilização de garantias, como será no texto pormenorizado, cf. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, 2001, pp. 20 e ss.

¹⁰³ Fala-se em “maneira geral”, isso porque, segundo Díez Ripollés, não seria possível analisar e avaliar as diversas políticas criminais nacionais em torno do maior ou menor grau punitivo que exibem, sob o risco de incorrer em problemas teóricos e metodológicos, cf. Ripollés, J.L.D., “El abuso del sistema penal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017, pp. 2 e ss.; logo, a análise recairá sobre as principais técnicas utilizadas para expandir o sistema penal de maneira geral, e que podem ser encontradas em diferentes sistemas.

bens “constitutivos da razão de ser do próprio Estado”^{104,105}, devendo ser utilizado com parcimônia, visto que suas sanções configuram graves restrições de liberdades ou de direitos fundamentais¹⁰⁶. Desse modo, o direito penal apenas pode ser eleito para proteger bens jurídicos cuja defesa não se pode dar por outra via menos incisiva¹⁰⁷, atendendo, assim, ao princípio da subsidiariedade.

Dentro dessa ótica, não se pode esquecer que a concepção de bens jurídicos relevantes evolui juntamente com o meio, possibilitando a aparição de novos interesses, ou, ao menos, de um novo olhar sobre aqueles já existentes^{108,109}. Diante dessas possíveis mudanças, aceita-se uma expansão razoável do direito penal, aquela imprescindível à proteção efetiva da sociedade e, por consequência, do Estado de Direito¹¹⁰. Nesse âmbito, é comum citar os crimes relacionados ao avanço tecnológico, v.g., novas condutas criminosas cometidos em ambiente digital – cibercriminalidade¹¹¹.

Atualmente, contudo, é comum constatar a tendência predominante na legislação mundial direcionada ao aumento de tipos penais e/ou agravamento daqueles já existentes, operando, muitas vezes, uma expansão penal desrazoável, baseando-se em concepções políticas momentâneas¹¹², e caracterizada pela criação de novos bens

¹⁰⁴ Cf. Palma, M.F., *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_22910.pdf, acesso em 10/11/2017, p. 4.

¹⁰⁵ Ou, ainda, como define Claus Roxin, bem jurídico seria “todos los hechos que son necesarios para la convivencia pacífica y libre de los ciudadanos bajo la protección de los Derechos Humanos”, cf. Roxin, C., “Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal”, in Ambos, K., *et al.* (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Vol. 1, Göttingen: Göttingen University Press, 2016 (pp. 113-120), p. 113.

¹⁰⁶ Cf. Palma, M.F., *Conceito material de crime...*, p. 4.

¹⁰⁷ Roxin, C., “Fundamentos político-criminales...”, p. 114.

¹⁰⁸ Cf. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal...*, p. 25.

¹⁰⁹ A título de exemplo, é possível citar os crimes ambientais, crimes de corrupção e tráfico de influência, que, com o passar do tempo, exigiram um novo tratamento, cf. Palma, M.F., *Conceito material de crime...*, p. 1 e ss.

¹¹⁰ Nesse sentido, Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal...*, pp. 27 e ss.

¹¹¹ Sobre o tema, vale a menção à Lei portuguesa n.º 109/2009, de 15 de setembro – Lei do Cibercrime.

¹¹² cf. Palma, M.F., *Conceito material de crime...*, p. 5.

jurídicos-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penais relevantes, flexibilidade das regras de acusação e relativização dos princípios políticos-criminais¹¹³.

O desenvolvimento nesse sentido mostra que o direito penal vem sendo utilizado como instrumento para alcançar objetivos políticos e sociais, que pouco ou nada têm a ver com a prevenção da delinquência, produzindo efeitos simbólicos ou apaziguadores sobre a população, através de leis oportunistas e conjunturais, sem respaldo racional ajustado à realidade social¹¹⁴. Como afirma Hassemer, o direito penal e a pena são considerados como solução dos grandes problemas sociais e políticos, e, o que chama de ‘demanda urgente de ação’, alia-se ao aumento das proibições penais, das intervenções e das sanções¹¹⁵.

A extensa demanda por ação do direito penal pode ser explicada pela consolidação de um quadro coletivo de sentimento de insegurança cidadã, através da qual se impulsiona na população uma preocupação sobre a delinquência e o medo de ser vítima de um delito¹¹⁶. Trata-se de uma sociedade que sente uma alta sensação de insegurança, decorrente da forma como lida com os riscos existentes¹¹⁷. Essa sensação une todas as classes sociais em prol de um maior controle punitivo¹¹⁸.

Como primeiro fato gerador dessa insegurança coletiva, Silva Sanchez atribui à lógica do mercado, que reclama indivíduos solitários, posto que se mostram em melhores condições para o mercado laboral; essa nova realidade reflete nas relações familiares e sociais. Prossegue afirmando que vivemos em um estado de individualismo em massa, cercados por mudanças aceleradas, incertezas e ansiedade extrema, configurando, portanto, cenário propício para o sentimento de medo constante¹¹⁹.

Outro fator importante quanto à formação da sensação de insegurança, convém citar a importância dos meios de comunicação, em especial o efeito da televisão sobre seus espectadores. O crime televisionado sai do imaginário social para revelar uma ‘verdade’

¹¹³ Cf. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal...*, p. 20.

¹¹⁴ Cf. Ripollés, J.L.D., “El abuso del sistema penal...”, p. 8.

¹¹⁵ Cf. Hassemer, W., *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83.

¹¹⁶ Cf. Ripollés, J.L.D., “El nuevo modelo penal...”, p. 8.

¹¹⁷ Cf. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal...*, p. 32.

¹¹⁸ Cf. Downes, D., “The macho penal economy...”, p. 57

¹¹⁹ Cf. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del derecho penal...*, pp. 3e e ss.

indubitável, isto é, como o telespectador não vai acreditar naquilo que está diante de seus próprios olhos? As constantes notícias sobre crimes geram uma consciência de como este está presente em nosso cotidiano¹²⁰. Não é preciso mais se tornar vítima para perceber a existência da criminalidade, bastando contemplá-la ao redor pelas lentes da mídia¹²¹.

Ademais, Thomas Mathiesen argumenta que a mídia – em especial a televisão – corrompe certos valores da sociedade, como os direitos civis e o Estado de Direito, que antes eram utilizados como meios de defesa contra a expansão penal¹²². Isso se dá através de três fenômenos que, a seu ver, estão intimamente ligados. A uma, há a transformação da política criminal em *commodity*, deixando de ser objeto de especialistas, para ser governada muito mais pelo tipo de notícia que é midiática e rentável para a televisão, além de se enquadrar na opinião política comercializada por ela¹²³.

A duas, tem-se a mudança quanto ao tipo de legitimação utilizada para fundamentar as políticas criminais adotadas. Por óbvio, a base legitimadora de qualquer política criminal deve pautar-se nos princípios do Estado democrático de Direito e similares; contudo, atualmente, tais normas são deixadas em segundo plano, passando a vigorar uma legitimação puramente oportunista¹²⁴. Em outras palavras, a política criminal embasa-se no que é interessante aos olhos da mídia e, conseqüentemente, aos olhos dos telespectadores/eleitores. Por fim, aponta a mudança na natureza dos debates públicos relativos às políticas criminais, com o empobrecimento dos discursos, seja pelo declínio qualidade das informações, ou até mesmo pela baixa sinceridade na argumentação¹²⁵.

¹²⁰ Cf. Mathiesen, T., “Television, public space and prison population: a commentary on Mauer and Simon”, in in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 28-34), p. 30 e s.

¹²¹ Nesse sentido, Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación en derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde e M^a del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 80.

¹²² Cf. Mathiesen, T., “Television, public space...”, pp. 30 e s.

¹²³ *Idem*, pp. 31 e 32.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁵ *Ibidem*.

Com isso, violência, risco e ameaça passam a figurar ponto central da percepção social, fazendo com que a segurança social se torne um bem jurídico por si só¹²⁶. E, uma vez considerada bem jurídico, de alta relevância para a sociedade, torna-se objeto de proteção pelo direito penal. A consagração desse bem jurídico, propaga o discurso de combate ao crime, empregando-se termos como “luta”, “guerra” e “eliminação” do crime, onde o direito penal não pode mais configurar uma garantia de liberdade ao delinquente, mas sim um instrumento de proteção para o cidadão comum¹²⁷. Torna-se a luta do “cidadão de bem” contra o “inimigo” delinquente.

O processo legislativo, por seu turno, é movido pelo motor da opinião pública, atendendo aos reclames da população quanto à maior repressão à criminalidade¹²⁸. Por certo, esse clamor pela repressão implica reformas também nas penas, uma vez que, na sociedade, existe a sensação de que a justiça penal é demasiada benevolente ao lidar com o delito: a uma porque existe a crença que as penas aplicadas são muito brandas; a duas porque propaga-se que as penas impostas e aquelas efetivamente cumpridas diferenciam-se em grande parte¹²⁹.

O sistema de penas, pois, molda-se aos interesses da população geral, ainda que em descompasso com as necessidades sociais e ausente de cuidado para um uso racional do direito penal. Como ressalta Laura Zúñiga, o sistema de penas de uma sociedade

¹²⁶ Cf. Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad...*, p. 81.

¹²⁷ *Idem*, p. 83.

¹²⁸ Sobre a influência da opinião pública nas reformas penais, conveniente expor a motivação do legislador espanhol, no corpo da Ley Orgánica 15/2003, de 25 de novembro, que operou significativas mudanças naquele ordenamento: “(...) la reforma del Código Penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual.” (grifo nosso)

¹²⁹ Cf. Gómez, D.V., “¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España, in *Revista para el análisis del derecho – InDret*, n.º 1, 2009, disponível em www.indret.com, acesso em 20/11/2017.

compõe o termômetro que mede a compreensão dessa comunidade em relação à criminalidade¹³⁰. E, numa sociedade mais punitiva, a pena de prisão revive.

Ao mesmo tempo que se reconhece que as prisões são obsoletas, e que pouco cumprem o (duvidoso) viés ressocializador, reconhece-se nela uma função incapacitadora. Em outras palavras, a prisão neutraliza o delinquente, mantendo-o afastado da sociedade, e, portanto, das atividades delitivas, sendo as penas definidas de acordo com o risco de reincidência e não com a natureza do crime¹³¹. E, se as taxas de criminalidade diminuem, a prisão ganha os créditos; mas, se os números sobem, certo é precisamos de mais prisão¹³².

O atual sistema penal, então, castiga mais e com penas de prisão¹³³ cada vez mais frequentes, sejam elas de longa ou de curta duração, reduzindo os fins das penas à inocuidade do apenado, “convirtiéndose al riesgo en referente esencial de la intervención penal, aplicando técnicas actuariales de control del riesgo, haciendo uso del populismo penal, convirtiéndose a la víctima en un icono e implicando de forma diferente a la sociedad en el diseño y ejecución de las políticas penales, haciendo renacer sanciones que se consideraban obsoletas e impropias¹³⁴ de sistemas penales avanzados”¹³⁵. A essa nova forma de sistema, é possível denominar como novo punitivismo, uma nova forma de governar a sociedade civil, por meio do governo do fenômeno criminal¹³⁶.

Para além do mais, a virada punitiva oportuniza o uso do direito penal – através do emprego - da prisão como instrumento para gerir problemas sociais, possuindo um

¹³⁰ Cf. Zúñiga, L., “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo”, in Revista Electrónica do Centro de Estudios de Derecho Penitenciario da Universidad de San Martín de Porres, ano 1, nº 1, 2011, disponível em: http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/laura_zuniga_rodriguez.pdf, acesso em 10/10/2017, p. 1.

¹³¹ *Idem*, p. 40.

¹³² Cf. Downes, D., “The macho penal economy...”, p. 57.

¹³³ “Imprisonment offers one touchstone of secure social order. Prisons are the guarantee that ultimately law and order will be enforced or restored”, cf. Downes, D., “The macho penal economy...”, p. 57.

¹³⁴ Por exemplo, como será visto adiante, a volta do prestígio às penas de prisão de curta duração.

¹³⁵ Cf. Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?” in Revista electrónica de ciencia penal y criminología, vol. 11, 2009, disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>, acesso em 23/11/2017, p. 19.

¹³⁶ *Idem*, p. 19.

altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, que se dirige aos grupos mais vulneráveis da sociedade¹³⁷. Como narra com Loïc Wacquant, a prisão, é um novo instrumento para o governo da miséria, no lugar de políticas assistenciais necessárias.

Em primeiro, afirma que o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos mais baixos do mercado de trabalho, comprimindo – artificialmente - o nível de desemprego¹³⁸, uma vez que subtrai milhões de homens da população em busca de trabalho e, ao mesmo tempo, produz mão de obra extremamente barata dentro das instituições carcerárias¹³⁹.

Em segundo, numa análise particular dos EUA, avalia a prisão como substituta do gueto, onde se pode encerrar toda uma população considerada como desviante e perigosa, além de supérflua no plano econômico¹⁴⁰. Por fim, elenca a íntima relação das prisões aos organismos e programas encarregados de assistir às populações vulneráveis, miscigenando os setores sociais e penais¹⁴¹.

Desse modo, tal como exposto anteriormente, a consolidação do Estado Penal, com o reforço do sistema prisional, é um substituto à falência do modelo do Welfare State, servindo as prisões como mecanismos de gestão da miséria e de grupos socialmente indesejados¹⁴² e tidos como perigosos.

Dentro desse panorama, não é difícil compreender o porquê da constante sobrelotação carcerária vivida atualmente. Ainda que seja possível falar em um pequeno desaceleramento do número de encarcerados em alguns países¹⁴³, a sobrelotação

¹³⁷ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 27.

¹³⁸ Nesse mesmo sentido, ver Maue, R, M., “The causes and consequences of prison...”, p. 8.

¹³⁹ Cf. Wacquant, L., *As prisões da miséria...*, p. 105.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 105.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 106 e ss.

¹⁴² Nesse sentido, Carvalho, S., *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

¹⁴³ Esse desaceleramento pode ser notado em Portugal, que, em 2014, contava com mais de 14.000 presos, em julho de 2017 passou a contar com 12.649 presos, cf. Ministério da Justiça de Portugal, *Olhar para o futuro para guiar a ação presente: relatório sobre o sistema prisional e tutelar*, Setembro 2017, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>, acesso em 15/12/2017, p. 119.

persistes, com altas taxas de reclusão. Todavia, as novas ideologias não estão adstritas às alterações legislativas e políticas, estendendo-se, também, ao Poder Judicial, cujo papel é essencial na manutenção do quadro de sobrelotação carcerária. A justiça penal tem a capacidade de tornar efetiva, em maior ou menor escala, as escolhas políticas criminais do estado, exercendo papel importante – e ambivalente – nos dados penitenciários, principalmente na individualização da pena, como será a seguir descrito.

II. O processo decisório sob a égide punitivista

Como afirmado previamente, o impulso punitivista é fortemente notado no ambiente legislativo. Todavia, há que se admitir que são os atores do sistema de justiça penal que dão efetividade às normas¹⁴⁴. Nessa ótica, cabe aos operadores do direito – em especial àqueles detentores de poderes decisórios – o entendimento da diretriz punitiva como legítima, possibilitando sua efetivação¹⁴⁵. É caso para se dizer que o julgador, por meio do arbítrio que lhe é conferido, tem a possibilidade de concretizar e atender às necessidades da política criminal punitivista¹⁴⁶.

Com respaldo em uma mentalidade inquisitória, cria-se, em diversos momentos processuais – v.g. prisão cautelar, constituição de arguido, formulação do pedido, proferição da sentença e individualização da pena e incidentes executórios – espaços para a concretização da lógica punitivista, legitimando-a¹⁴⁷.

No âmbito da aplicação concreta da pena, atribui-se uma centralidade da pena de prisão como resposta ao delito, inobstante a existência de ferramentas alternativas ao cárcere. Igualmente, tem lugar na aplicação desrazoável da prisão cautelar, ainda que se encontrem à disposição mecanismos diversos aptos a surtirem o efeito atinente à fase processual. Ambos os efeitos impactam diretamente na população carcerária, sendo, portanto, pontos principais desse estudo.

¹⁴⁴ Cf. Carvalho, S., *O papel dos atores do sistema penal...*, p. 59.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 59 e s.

¹⁴⁶ Cf. Alves, S., “As punições arbitrárias no ocaso do antigo regime: uma reflexão sobre a discricionariedade judicial através da história do direito penal”, in Florêncio Filho, M.A., Fonseca, P.H.C. (Coords.), *Ciências penais e teoria do direito em perspectiva: estudos em homenagem ao professor Claudio Brandão*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017 (pp. 247-278), p. 274.

¹⁴⁷ Cf. Carvalho, S., *O papel dos atores do sistema penal...*, p. 98.

Quanto a esses aspectos, não se nega, entretanto, que são regidos pelo princípio da legalidade, exigindo que a pena – e medida de segurança –, bem como as medidas cautelares sejam impostas pela lei, como representação da vontade geral¹⁴⁸, assegurando a igualdade de tratamento dos cidadãos, sendo fundamental para a administração do direito penal¹⁴⁹. Consequência natural é que não se pode arbitrar penas ou medidas diferentes, tanto no tipo, quanto na quantidade, daquelas expressamente previstas em lei¹⁵⁰. Portanto, os Tribunais, no exercício de suas funções, estão adstritos às regras estabelecidas legalmente, aplicando a lei à realidade.

Especificamente quanto à pena, a lei, contudo, não pode determiná-la de modo absoluto, uma vez que não tem a capacidade de considerar todos as características do fato concreto e do sujeito infrator. Caso o fizesse, correria o risco de violar o princípio da igualdade¹⁵¹. Desse modo, permite-se que a pena esteja aberta à pluralidade do caso concreto, permitindo que o julgador avalie esses elementos no momento de sua concreção¹⁵², cumprindo os ditames do princípio da individualização da pena.

Assim, a concretização da pena encontra-se dividida em duas fases. Na primeira delas o legislador determina, em abstrato, as penas correspondentes aos delitos, fixando limites mínimos e máximos, de acordo com a gravidade, operando a ‘determinação legal da pena’ (“*Strafbemessung*”)¹⁵³. Na segunda fase, segue a ‘individualização da pena’ (“*Strafzumessung*”), através do qual o juiz assume a tarefa de eleger a pena adequada ao caso concreto, dentro do marco oferecido pelo legislador¹⁵⁴.

Desse modo, o julgador parte da pena legal abstrata para uma pena exata e individualizada. A individualização implica não só uma delimitação quantitativa, como também qualitativa, como por exemplo na aplicação de penas alternativas, ou na

¹⁴⁸ Cf. Donderis, V. C., *Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 26.

¹⁴⁹ Cf. Hassemer, W., *Direito penal...*, p. 50.

¹⁵⁰ Cf. Donderis, V. C., *Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 26.

¹⁵¹ Cf. Martín, L., *et al*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 109.

¹⁵² *Idem*, p. 109.

¹⁵³ Cf. Crespo, E. D., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 2.ª ed., Madrid: Editorial BdeF, 2016, p. 21.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 22.

aplicação de suspensão da pena, elegendo a pena justa a partir do marco legal abstrato¹⁵⁵.

No exercício da individualização da pena, há, pois, certa discricionariedade penal, onde o julgador avalia o caso concreto e estipula a pena concreta final. De modo a evitar o despotismo e o abuso judicial, características amplamente atribuídas ao arbítrio judicial¹⁵⁶, impõe-se que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas, apontando todos os fatores considerados para a concretização da pena final.

Nessa ótica, o Código Penal português inicia seu capítulo referente à escolha e medida da pena estabelecendo, expressamente, a primazia das penas não privativas de liberdade, devendo esta ser elegida sempre que aplicável e mostre-se apta a realizar adequada e suficientemente às finalidades da punição (art.º 70.º).

A determinação da medida da pena deverá ser feita atendendo aos limites mínimos e máximos definidos em lei e em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. O julgador, no processo decisório, deverá ter em conta, dentre outros, o grau de ilicitude do fato, o modo de execução e a gravidade das consequências, a intensidade do dolo ou da negligência, além das condições pessoais do agente e sua situação econômica, como determina o art.º 71.º, do CP.

De modo semelhante, o Código Penal brasileiro estabelece que a pena deve ser fixada atendendo à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente¹⁵⁷, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. No processo de individualização da pena, deverá ser definida a pena aplicável dentro das cominadas, bem como a quantidade da pena, de acordo com os limites legais

¹⁵⁵ Cf. Crespo, E. D., *Prevención general e individualización* ..., p. 22.

¹⁵⁶ Cf. Alves, S., "As punições arbitrárias...", p. 254.

¹⁵⁷ Quanto à personalidade do agente na dosimetria da pena, existem críticas contundentes na doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo certo que sua existência no rol de circunstâncias judiciais do art.º 59 do CP é um resquício do Direito Penal do Autor, faltando conhecimento ao julgador conhecimento científico apto a sustentar "uma personalidade voltada para o crime", cf. Ac. no Habeas Corpus n.º 40304/PE, de relatoria do Ministro Felix Fischer, Quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 12/12/2017. Inobstante tal crítica, o critério é amplamente utilizado por magistrados de primeira instância para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

previamente fixados, estabelecendo-se o regime e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível¹⁵⁸.

Portanto, ambos os sistemas não podem ser considerados rígidos, abrindo espaços para a independência e arbitrariedade do julgador, de modo a permitir considerar aspectos particulares do feito *sub judice*. E é dentro desses espaços de independência que se pode vislumbrar a adesão ou resistência dos julgadores à lógica punitivista¹⁵⁹.

Por seu turno, Díez Ripollés afirma que o sistema de determinação da pena vem sofrendo transformações importantes em diversos ordenamentos jurídicos, impactados pelas políticas criminais em vigor. Argumenta que essas transformações, muitas vezes, residem numa diminuição da discricionariedade judicial para a individualização da pena, asseverando que o aumento das penas, bem como o surgimento de diretrizes fixas para a aplicação da pena balizam o atuar do julgador, que se vê limitado a uma aplicação quase matemática do direito, sem margem para qualquer consideração particular do caso concreto¹⁶⁰.

Ainda assim, concordamos que a discricionariedade – ao menos nos ordenamentos português e brasileiro - tem papel de destaque na concretização da pena, na medida em que é atribuído ao julgador um espaço interpretativo de elementos subjetivos aptos a reforçar a política criminal vigente.

No direito comparado, a determinação da pena é tema de ampla abordagem, em especial as políticas de sentenciamento norte americanas¹⁶¹, que, no decorrer dos anos 70 do

¹⁵⁸ O sistema de individualização da pena em território brasileiro é complexo e formado por três fases. Num primeiro momento, estabelece-se a pena-base nos moldes do art.º 59, do CP, após, serão consideradas as atenuantes e agravantes; e, por último, as causas de diminuição e de aumento, nos moldes do art.º 68, do CP. Apesar desse sistema merecer uma análise acurada, não o faremos por não ser esse o objeto central do presente estudo.

¹⁵⁹ Cf. Carvalho, S., *O papel dos atores do sistema penal...*, p. 116.

¹⁶⁰ Cf. Ripollés, J.L.D., “El abuso del sistema penal...”, p. 14.

¹⁶¹ É comum a avaliação dos sistemas jurídicos de tradição jurídica anglo-saxónica nesse tema, isso porque, conforme bem afirma Bernardo de Rosal, esses países, por tradição, têm sido mais fiéis aos ditames ideológicos que querem ou propagam aceitar, além de ser possível conhecer as linhas mestras das políticas criminais oficiais, amplamente publicitadas, e podem ser sentidas em todos os âmbitos com clareza; ao passo que outros países – o autor refere-se especificamente à Espanha, mas que pode facilmente ser atribuído ao Brasil, por exemplo – há uma ausência de um modelo político criminal claro e

século passado, passaram por diversas ingerências das políticas criminais adotadas, interferindo frontalmente na individualização da pena pelo julgador, e nos incidentes executórios da pena de prisão, com impactos inegáveis sobre sua população carcerária.

Até o início de 1970, a política de sentenciamento predominante¹⁶² nos Estados Unidos caracterizava-se pelo sistema indeterminado, onde a ênfase principal era alcançar a reabilitação do acusado¹⁶³. Como já antecipado, a indeterminação do sistema foi amplamente criticada: de um lado, liberais afirmavam que essa característica poderia proporcionar discriminação com base em raça, gênero, etc.; de outro, conservadores argumentavam que o crime não era tratado com a rigidez que consideravam necessária¹⁶⁴. Com críticas em ambos os sentidos, a política indeterminada perdeu força, dando lugar a um sistema determinado, com critérios fixos para a determinação e cumprimento da pena¹⁶⁵.

A virada política em sentido oposto às sentenças indeterminadas retira do processo de sentenciamento o fator humano, ou seja, retira do magistrado a possibilidade de considerar características individuais do arguido e/ou circunstâncias pessoais da conduta ilícita¹⁶⁶, devendo obedecer a critérios fixos pré-determinados.

Por seu turno, sentenças determinadas são aquelas cuja medida da pena é realizada de maneira concreta, definindo-se, de maneira fixa, o termo da pena a ser cumprido integralmente, salvo na hipótese de remição da pena pelo cumprimento de determinados pressupostos pré-determinados¹⁶⁷.

coerente, com grandes incoerências entre legislação, práticas penais e sistema penitenciário, cf. Rosal Blasco, B., “¿Hacia el derecho penal...”, p. 8.

¹⁶² Não seria demais lembrar que se trata de predominância e não de unanimidade, vez que cada Estado pode definir e adotar um tipo de política de sentenciamento.

¹⁶³ Cf. Mauer, M., “The causes and consequences of prison growth in the United States”, in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 04-14), p. 05.

¹⁶⁴ Cf. Mauer, M., “The causes and consequences...”, p. 05.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 05.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶⁷ Cf. Koppel, H., *Sentencing practices...*, p. 2

Ainda nessa seara, encontramos o sentenciamento mínimo mandatório¹⁶⁸, onde é pré-determinada uma duração para a pena, de acordo com o tipo de crime ou com a categoria do arguido, vedando-se a aplicação da *probation*, suspensão da pena ou *parole* imediata^{169,170}.

Por fim, imprescindível citar a política intitulada *truth in sentencing*, cujos reflexos são principalmente sentidos nos incidentes executórios e não na determinação da pena em si. Por meio das leis baseadas nessa política, o condenado é obrigado a cumprir porção substancial da pena arbitrada em sentença¹⁷¹, diminuindo a discrepância entre pena imposta e aquela efetivamente cumprida no estabelecimento prisional¹⁷².

A utilização de leis nesse sentido foi fomentada pelo *Violent crime control and law enforcement Act* de 1994, lei federal que assegurava incentivos econômicos aos estados que estabelecessem esse instrumento. O estímulo financeiro destinava-se à ampliação do sistema penitenciário, de modo a acolher aqueles apenados circunscritos pelo *truth-in-sentencing*¹⁷³.

Desse modo, muitos condenados que cometeram crimes violentos que não precisam, de fato, estar por tanto tempo sob a custódia prisional, se considerados suas características

¹⁶⁸ Tradução livre; no original: *mandatory minimum sentencing*.

¹⁶⁹ Cf. Koppel, H., *Sentencing practices*..., p. 2

¹⁷⁰ Esse modelo foi amplamente utilizado na “guerra contra as drogas”, travado pelo governo norte americano. A título de exemplo, cita-se a legislação do Estado do Michigan de 1978 – Public Act 368 of 1978 – através da qual determinava-se que a venda de 650 gramas de heroína ou cocaína, ainda que por arguidos primários, deveria ser punida pela pena mandatória perpétua, sem concessão de eventual liberdade condicional, cf. Mauer, M., “The causes and consequences...”, p. 06.

¹⁷¹ Requer-se o cumprimento de, pelo menos, 85% da pena estabelecida em sentença, cf. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Assistance, *Report to congress: violent offender incarceration and truth-in-sentencing incentive formula grant program*, 2012, disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/VOITIS-Final-Report.pdf>, acesso em 06/02/2018, p. 3. Todavia, é possível que os estados federados determinem porcentagens diferentes a serem cumpridas pelo apenado, cf. Sabol, W.J., et al., *The influences of truth-in-sentencing reforms on changes in state’s sentencing practices and prison populations*, Urban Institute, Justice Policy Center: 2002, p. 8.

¹⁷² Ditton, P., et al., *Truth in sentencing in state prisons*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics: 1999, disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/sp13s.pdf>, acesso em 06/02/2018, p. 1.

¹⁷³ Cf. Sabol, W.J., et al., *The influences of truth-in-sentencing*..., p. 1.

individuais. Contudo, a política restrita, tal como “three strikes law” e “truth in sentence”, levam em conta apenas a gravidade do tipo penal, e a necessidade abstrata de manutenção da ordem pública, determinando a permanência em estabelecimentos penais, independentemente de fatores individuais e circunstâncias concretas.

A aplicação dessas políticas diz muito sobre o aumento da população carcerária no território americano, não só por permitirem o maior envio de pessoas ao cárcere, como também por manterem os condenados por mais tempo nessas instituições, desequilibrando o fluxo de entrada e saída da população carcerária.

Entretanto, os ditames legais – ou, no sistema de *common law*, os *guidelines* de sentenciamento – não são os únicos instrumentos à disposição da virada punitiva. Com efeito, como já adiantado, advogamos que a jurisprudência, através da discricionariedade permitida ao julgador, também é fator relevante para dar efetividade ao populismo penal.

Isso porque a jurisprudência é “um processo de entendimento”¹⁷⁴ desempenhado por um indivíduo em uma situação. Nessa perspectiva, é preciso ressaltar que nenhum ser humano entende algo totalmente de modo objetivo, sendo o objeto avaliado sob as “razões de suas próprias esperanças, de sua vivência, desilusões e medos”¹⁷⁵. Portanto, não se pode esperar do julgador uma interpretação livre de pré-conceitos e sem entendimentos preliminares, uma vez que não se encontra fora da sociedade e da história¹⁷⁶. Desse modo, a atividade judicial, ainda que respaldada em critérios rígidos legais, é inegavelmente influenciada pelas percepções pessoais do julgador, não sendo, de maneira alguma, neutra¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cf. Hassemer, W., *Direito penal...*, p. 19.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷⁷ Cf. Samuel, F.O., *O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública? Reflexões sobre (in)coerência e alteridade*, n.p., Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília: 2017, disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2311/Dissertacao_Fernando%20Oliveira%20Samuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 10/02/2018, p. 47.

Por consequência, a atividade jurisdicional no âmbito penal não está livre de decisões influenciadas por questões sociais, culturais, históricas ou até mesmo afetivas. Nesse passo, é inevitável um cenário onde as decisões penais não são, ainda que minimamente, influenciadas pelas culturas do medo e da insegurança cidadã, tão enraizadas na sociedade¹⁷⁸, como narrado anteriormente.

Essa influência é ainda maior porque existe o senso-comum de que a criminalidade está intimamente ligada com os índices de encarceramento e endurecimento das leis penais. Nessa ordem, o Poder Judicial assume um papel que não lhe compete: a função de agente de segurança pública, ator fundamental na tão difundida “guerra contra o crime”.

Assumindo essa função, o processo penal eleva-se à qualidade de instrumento de pacificação social, passível de exercer repressão e controle social¹⁷⁹. Em busca de resguardar a segurança pública, e de atender ao interesse público, dá-se prioridade às penas de prisão, ainda que em latente violação aos direitos fundamentais¹⁸⁰.

Corroborando essa visão, colacionamos os resultados de uma importante pesquisa¹⁸¹, realizada entre os anos de 2005 e 2006 pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que evidenciam a tendência desses profissionais a corroborarem com uma política penal agravada. Em resumo quanto aos resultados da pesquisa, afirmou-se que o “o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura”¹⁸². A categoria considera-se como “protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao

¹⁷⁸ E, frise-se, sociedade da qual faz parte o julgador na qualidade de cidadão; por consequência, igualmente envolto pelos desafios da pós-modernidade.

¹⁷⁹ Cf. Melchior, A.P., “O juiz ‘agente de segurança pública’ é o inquisidor” in *Justificando*, 2017, disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>, acesso em 10/02/2018.

¹⁸⁰ Cf. Samuel, F.O., *O problema carcerário brasileiro e o judiciário...*, p. 56.

¹⁸¹ A pesquisa levou em conta as respostas aos questionários pré-elaborados, respondidos por 25,1% dos magistrados do Brasil à época, tanto de primeiro grau, quanto em atuação nos Tribunais de 2.^a Instância.

¹⁸² Cf. Collaço, R., “Desenvolvimento: uma questão de justiça”, in AMB – Associação dos magistrados brasileiros, *Pesquisa AMB 2006*, Brasília: AMB, 2006, disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/pesquisa2006.pdf>, acesso em 10/02/2018, p. 6.

crime”¹⁸³. E conclui-se, categoricamente: “os magistrados querem o endurecimento da lei penal”¹⁸⁴.

Em manifestação às propostas respeitantes ao cumprimento da pena, 89,3% dos magistrados que responderam à pesquisa mostraram-se favoráveis ao aumento do tempo de cumprimento da pena para a obtenção de progressão de regime em relação a determinados crimes¹⁸⁵. Igualmente, 81,5% mostraram-se favoráveis ao aumento do tempo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional¹⁸⁶. Por seu turno, 20,9% se dizem contrários à ampliação da aplicação das penas alternativas¹⁸⁷.

Os resultados apresentados reforçam a ideia de que os juízes, como cidadãos, compartilham dos entendimentos dominantes de suas comunidades¹⁸⁸. Nesse passo, o processo decisório, igualmente, é influenciado por fatores extras-legais advindos da percepção da sociedade quanto ao fenômeno da criminalidade.

Nessa esteira, é importante salientar que a influência da percepção pessoal do juiz não é exclusividade sistema de common law, mas também encontra-se presente em sistemas onde o processo de sentenciamento segue uma estrutura definida por lei, tal como o português ou brasileiro.

Com o propósito de evidenciar a existência da utilização de critérios extrajudiciais, mais especificamente de convicções pessoais no âmbito do processo decisório, interessante trazer à baila os resultados obtidos por investigação a respeito dos discursos espontâneos dos julgadores durante a leitura da sentença, realizado em Portugal.

Na referida pesquisa tomou-se em conta os pronunciamentos orais, adicionais ao texto escrito da sentença, nos termos dos art.ºs 372.º, n.º 3 e 375.º, n.º 3, ambos do CPP português. Com efeito, trata-se da leitura da fundamentação (ou sua súmula, se muito extensa) e dispositivo pelo presidente do tribunal coletivo; e, após essa leitura, se

¹⁸³ Cf. Collaço, R., “Desenvolvimento: uma questão de justiça...”, p. 6.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹⁸⁸ Cf. Castro-Rodrigues, A., Sacau, A., “Sentence pronouncements: what judges say when sentencing”. In *European Journal of Criminology*, vol. 11 (3), 2014 (pp. 379-397), p. 380.

considerar conveniente, proferir “uma breve alocução” exortando o condenado a corrigir-se. O referido pronunciamento oral é considerado uma rica fonte de investigação, uma vez que seus critérios não são taxados pela lei, de modo que permite ao julgador desenvolver o que considerar apropriado¹⁸⁹.

Foram coletados 93 pronunciamentos, proferidos por 13 julgadores de tribunais coletivos portugueses, transcritas na parte atinente aos discursos espontâneos dos magistrados, i.e., dispensando a parte expressa do texto da sentença. Com base nos dados coletados, concluiu-se que 79,6% dos julgadores incluíram sua visão pessoal em seus pronunciamentos¹⁹⁰, para além das explicações concernentes aos aspectos legais do julgamento.

Por seu turno, as visões pessoais dos julgadores foram catalogadas entre “recomendações” e “considerações”: a primeira referia-se aos avisos ou sugestões ao condenado; ao passo que as segunda unem-se aos julgamentos pessoais sobre o condenado e também sobre as dimensões sociais e/ou judiciais do fato *sub judice*¹⁹¹. Assim, as “considerações” constituem 64,2% das visões pessoais dos julgadores, e, desse monte, 46,9% tratavam-se das considerações específicas sobre o condenado¹⁹².

Concluiu-se, assim, que a maioria dos julgadores expressam suas considerações pessoais sobre o indivíduo, e contexto social e/ou jurídico em que o ato delitivo foi cometido, refletindo os posicionamentos pessoais dos magistrados sobre o arguido – em especial quanto ao estilo de vida e/ou a necessidade de muda-lo e como fazê-lo¹⁹³.

Ambas as pesquisas são complementares. De um lado comprova-se a influência da ideologia punitivista no âmbito judicial. De outro, demonstra-se a existência das impressões pessoais dos julgadores no momento do processo decisório, ainda que regido por um sistema determinado de sentenciamento.

Portanto, seria demasiado inocente considerar que a ideologia punitivista tem assento tão somente na legislação. Sendo certo seus desdobramentos estão presentes, direta e

¹⁸⁹ Cf. Castro-Rodrigues, A., Sacau, A., “Sentence pronouncements...”, p. 385.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 388.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 392.

¹⁹² *Ibidem*, p. 392.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 393.

efetivamente, na atuação do Poder Judicial, cujos reflexos podem ser sentidos no momento da aplicação da prisão – seja como medida cautelar, seja como pena principal. Essa análise é relevante, uma vez que nos permite entender os motivos pelos quais são rejeitadas as medidas e/ou penas alternativas à prisão, inobstante a previsão legal desses institutos, perpetuando o cenário de sobrelotação carcerária.

III. A jurisprudência a favor da sobrelotação

Ante a influência da lógica punitivista no processo decisório, importa avaliar a discricionariedade atribuída ao julgador no momento da concretização da pena, mais especificamente no momento da manutenção da pena privativa de liberdade de curta duração em detrimento da sua suspensão ou substituição, legalmente permitida. Da mesma forma, buscar-se-á avaliar essa discricionariedade no âmbito da prisão cautelar que, apesar de medida excepcional, proporciona uma parcela relevante população carcerária.

Para diagnosticar a função do Poder Judicial em favor da sobrelotação, através dos dois momentos processuais anteriormente delimitados, faz-se necessário, antes de mais, entender os regramentos competentes desde a concretização da pena às alternativas presentes na legislação, para então avaliar os critérios adotados e as consequências na população carcerária.

1. Pena de prisão de curta duração

a) Breves considerações introdutórias

Primeiro fator de impacto está na aplicação nas penas de curta duração¹⁹⁴. Como narrado anteriormente, ainda que amplamente difundidos os efeitos negativos do

¹⁹⁴ Para efeitos desse estudo, ter-se-á como pena de curta duração aquelas penas de prisão com duração de até 02 (dois anos), utilizando como parâmetro o art.º 43.º, ‘a’, do CP português, que permite a substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a esse tempo, por regime de permanência na habitação. Vale ressaltar que a quantificação da pena de curta duração não é unânime na doutrina, vd. Sveri, K. “The case for short-term imprisonment”, in Haesler, W.T. (Coord.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen = Alternatives aus courtes peines privatives de liberte = Alternatives to short-term imprisonment*, Diesshofen: Verlag Rüeger, 1979 (pp. 191- 208), que considera como pena de curta duração aquelas de 06 (seis) meses ou menos, p. 191; igualmente, é possível encontrar doutrina que

cárcere, o uso da prisão é uma constante no sistema punitivo, vide as taxas de encarceramento em diversos países. Nesse diapasão, o fenômeno da expansão penal propõe não só o recrudescimento das normas penais e aumento das penas máximas, como também recupera o prestígio das penas curtas de prisão, impulsionando o seu uso¹⁹⁵.

A prática de aplicação de penas curtas não é recente, sendo identificada desde o final do século XIX, demonstrando, desde aquela época, o uso indiscriminado da pena de prisão¹⁹⁶. A título de ilustração, colaciona-se o relato de Leon Radzinowicz acerca do número de presos ingleses no ano de 1904: de todos os condenados recebidos anualmente pelas instituições penais – que ultrapassava a monta de 190.000 – ao menos dois terços eram condenados a penas de duas semanas ou menos, ao passo que nem sequer um por cento dos presos cumpria pena por mais de doze meses¹⁹⁷.

Ainda quanto à correlação com a população prisional, mostra-se interessante trazer à baila a experiência alemã operada em 1969/70, com a mudança do Código Penal em vigor à época. Através da mudança legislativa, instigou-se que as penas de curta duração fossem substituídas por penas de multa, abolindo a pena de prisão menor de 1 mês, além de se descriminalizar condutas vinculadas ao tráfego e de ordem pública¹⁹⁸; com isso, a população prisional daquele ano, reduziu 60%, passando de 140.000 para 60.000¹⁹⁹.

aproxima tais penas àquelas cumpridas por período inferior a um ano, cf. Caffarena, B.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 84.

¹⁹⁵ Ripollés, J.L.D., “El abuso del sistema penal...”, p. 10.

¹⁹⁶ Cf. Garland, D., *Punishment and welfare: a history of penal strategies*, Aldershot: Gower, 1985, p. 7.

¹⁹⁷ Cf. Radzinowicz, L., “Introduction”, in Webb, S., Webb, B., *English prisons under local government*, English local government, vol. 6, London: Franck Cass and Co., 1963.

¹⁹⁸ Cf. Mauer, M., “Incarceration rates in an international perspective”, in *Oxford research encyclopedia, criminology and criminal justice*, Oxford University Press USA, 2017, disponível em: <http://criminology.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-233?print=pdf>, acesso em 05/02/2018, p. 4.

¹⁹⁹ Cf. Sveri, K. “The case for short-term imprisonment”, in Haesler, W.T. (Coord.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen = Alternatives aus courtes peines privatives de liberte = Alternatives to short-term imprisonment*, Diessshofen: Verlag Rüeger, 1979 (pp.191- 208), p. 197.

Apesar do alto número de condenações às penas curtas de prisão, a crítica a essa prática já se fazia presente há muito tempo. A primeira crítica contundente foi lançada pelo International Penal and Penitentiary Congress, realizado em 1827 em Londres, onde se discutiu a substituição da dessa penalidade, pelo trabalho forçado sem privação de liberdade, recomendando a utilização do trabalho rural durante o dia, e o repouso noturno na residência²⁰⁰. Em novo congresso, também em Londres, no ano de 1925, o tema voltou à tona, sob novo enfoque: em luta contra o aprisionamento, recomendou-se a utilização do *probation* e das penas de multa para os crimes de baixa gravidade, ou que não constituíam grande risco à segurança pública, no lugar das penas privativas de liberdade de curta duração²⁰¹.

Portanto, ao lado das penas de larga duração, as penas curtas centram uma problemática específica. Inicialmente, é notório que a reclusão por poucos dias ou meses lesionam gravemente as relações sociais do condenado, e, por outro lado, na hipótese de penas curtas de prisão não há tempo suficiente para desenvolver qualquer programa ressocializador ou programas impulsionadores de condutas conforme ao direito, uma vez que, ao sair, o condenado se depara com seus antigos problemas, agora incrementados pela pecha de ex-presidiário²⁰². Ademais, criticam-se o alto risco de contágio criminal, o alto custo da sua aplicação, além do baixíssimo efeito em relação aos fins preventivos da pena²⁰³, sem se esquecer que são penas demasiado graves para delitos menores²⁰⁴.

Sob forte impacto das diversas críticas lançadas, operadores do direito buscam fórmulas aptas a impedir o ingresso na prisão por curtas estadias. Sobre esse tema, ganham destaque as Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não

²⁰⁰ Cf. Sveri, K. “The case for short-term imprisonment”, in Haesler, W.T. (Coord.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen = Alternatives aus courtes peines privatives de liberte = Alternatives to short-term imprisonment, Diesshofen: Verlag Rüeger*, 1979 (pp. 191-208), pp. 194 e ss.

²⁰¹ Cf. Butler, A. W., Ninth International Prison Congress, in *Journal of criminal law and criminology*, vol. 16, 1926 (pp. 602-609), p. 604.

²⁰² Cf. Caffarena, B.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 85.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ Cf. Mir Puig, S., *Derecho penal: parte general*, 10ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p. 699.

privativas de liberdade – Regras de Tóquio -, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990.

Concretamente, a Regra de Tóquio objetivava o incentivo à aplicação de medidas não privativas de liberdade, com a diminuição da quantidade de penas privativas de liberdade, incluindo-se tanto as condenações à prisão, quanto as prisões preventivas. Para tanto, além de outras regras, apresenta rol exemplificativo de medidas não privativas de liberdade que podem ser adotadas pelas autoridades competentes.

As medidas alternativas à prisão melhoram as possibilidades de reintegração na sociedade e de aceitação de valores sociais do condenado; ademais, sua execução, no seio da comunidade, incentiva a maior participação desta na administração da Justiça penal, melhorando a compreensão e aceitação das medidas não privativas de liberdade²⁰⁵.

Nessa perspectiva, as alternativas às penas curtas de prisão não podem ser vistas tão somente como uma solução de emergência para frear o crescimento da população penitenciária mundial, mas sim por seus próprios méritos e compromisso com as políticas ressocializadoras²⁰⁶. O olhar na perspectiva emergencial provoca uma desconfiança generalizada nos operadores do sistema²⁰⁷, o que pode implicar diminuição da sua aplicação na prática.

Acompanhando as mudanças doutrinárias, a legislação penal, em muitos países, sofre constantes reformas, sendo colocado à disposição dos julgadores o sistema de medidas alternativas de prisão. Contudo, no momento da individualização da pena²⁰⁸, ainda que disponibilizadas, persiste a resistência para sua aplicação, sendo comum observar altos níveis de penas privativas de liberdade de curta duração, com grandes reflexos na sobrelotação carcerária.

²⁰⁵ Cf. Damásio, E.J., *Regras de Tóquio: comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade*, Trad. Damásio E. de Jesus, Brasília: Ministério da Justiça, 1998, pp. 24 e s.

²⁰⁶ cf. Caffarena, B.M., *Las consecuencias jurídicas...*, p. 86.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ Aqui, utilizamos o conceito amplo de individualização, através do qual se inclui na determinação da pena a decisão sobre a suspensão ou substituição da pena, cf. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, p. 758.

b) Substituição e suspensão das penas de prisão de curta duração

O regramento sobre os limites mínimos para a pena de prisão, por óbvio, são diferentes em cada país, respeitando as políticas criminais vigentes. Igualmente, divergentes são as normas para a aplicação e/ou substituição de medidas não privativas de liberdade. Logo, compreender o sistema advém à compreensão da sua aplicação prática pelo Poder Judicial.

Primeiro elemento de diferenciação encontra-se nos limites máximos e mínimos para a duração da pena de prisão. Com efeito, Portugal prevê, no bojo do artigo 41.º, n.º 1, do CP, um período mínimo de 01 mês e máximo de 20 anos, podendo ser de 25 anos em determinados casos previstos em lei (art.º 41.º, n.º 2, do CP). De maneira e patamares semelhantes, Espanha admite uma pena de prisão mínima de 03 meses, e máxima de 20 anos, conforme disposição do art.º 36.2, do CP²⁰⁹. Por seu turno, a legislação brasileira trata o tema de modo diverso, atribuindo tão somente o limite máximo de duração – 30 anos, segundo o art.º 75, do CP – sem definir o período mínimo para a pena de prisão.

Nesse contexto, interessante a menção quanto à legislação espanhola, cujos limites mínimos da pena passaram por recente modificação, através da LO 15/2003, reduzido de 06 meses para 03 meses, configurando uma das causas para o crescimento da população carcerária naquele país²¹⁰. A mudança foi justificada pelo legislador sob o argumento – ultrapassado, a nosso sentir – de que a pena privativa de liberdade de curta duração pudesse cumprir sua função de prevenção geral adequada, frente aos delitos de escassa importância, além de permitir a compatibilização entre a escala de penalidade aplicada às faltas e delitos²¹¹.

Ao determinar o limite mínimo da pena de prisão em 03 meses, o legislador impôs que toda a pena de prisão abaixo desse limite fosse substituída por multa, trabalhos em benefício à comunidade ou localização permanente, ainda que a lei não preveja essas penas para o delito cometido, conforme o texto do art.º 71.2., do CP espanhol.

²⁰⁹ Importante destacar que esse limite refere-se à pena cominada, e não ao cumprimento, que poderá ser maior, nos casos de concurso de crimes, conforme art.º 76. 1, CP. Importante, também, lembrar que o ordenamento jurídico espanhol prevê a prisão permanente passível de revisão, cujo cumprimento pode ultrapassar o prazo de 20 anos.

²¹⁰ Cf. Caffarena, B.M., *Las consecuencias jurídicas...*, p. 86.

²¹¹ Cf. item II, a), da exposição de motivos da Ley Orgánica 15/2003, de 25 de novembro de 2003.

Essa imposição é válida para impedir penas extremamente curtas (menos de 3 meses), mas, em nosso sentir, possibilita a interpretação de que penas pouco além desse limite não necessitariam de substituição ou suspensão. Inclusive, essa interpretação pode ser retirada da exposição de motivos, anteriormente citada, onde o legislador afirma reduzir os limites para permitir às penas curtas o cumprimento dos fins de prevenção geral.

Entretanto, ao mesmo tempo que os ordenamentos admitem penas privativas de liberdade de curta duração, são disponibilizados aparatos aptos a suspendê-las ou substituí-las. Nesse sentido, os ordenamentos colocam à disposição dos magistrados a possibilidade de substituir as penas curtas por penas privativas de direito e/ou suspender a execução das penas decretadas, em um maior ‘espaço de jogo’ para a individualização da pena.

A constante progressão humanista dos ideais penais, bem como o desenvolvimento econômico, fez com que a pena de prisão fosse considerada excessiva em muitos casos; criando-se, então, mecanismos que buscam evitar a aplicação de penas privativas de liberdade que não sejam absolutamente necessárias²¹².

Em primeiro, a suspensão da execução da pena consiste em, com o perdão da redundância, na suspensão da execução da pena de prisão aplicada pelo julgador na sentença, desde que atenda a determinados pressupostos objetivos e subjetivos previstos em lei.

Figura como primeiro requisito formal a pena aplicada. Com efeito, o legislador português possibilitou a suspensão da execução das penas de prisão aplicada em medida não superior a 05 anos, nos moldes do art.º 50.º, n.º 1, do CP. Por seu turno, ao legislar o mesmo tempo, Espanha e Brasil mostram-se mais restritos, fixando a pena máxima aplicada passível de suspensão aquela não superior a 02 anos, conforme art.ºs 80.1 e 77 dos respectivos Códigos Penais²¹³.

²¹² Cf. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, p. 727.

²¹³ Quanto ao ordenamento espanhol, importante ressaltar que, excepciona-se a regra geral no caso ter sido cometido sob efeito de toxicodependência, onde a pena suspensa poderá ser de até 5 anos, nos moldes do art.º 80.5 do CP; ou, ainda, de qualquer pena imposta, na hipótese de apenado com enfermidade grave, nos termos do art.º 80.4 do mesmo diploma legal. Já em relação ao Brasil, a regra é

Ainda como pressuposto objetivo, Espanha e Brasil preveem, expressamente, a necessidade de que o apenado tenha delinquido pela primeira vez, desconsiderando, contudo, os delitos cometidos por imprudência. Entretanto, a legislação brasileira não leva em conta as condenações onde aplicou-se pena de multa, segundo texto do art.º 77, §1º, do CP. Por seu turno, a legislação espanhola desconsidera os antecedentes cancelados, ou ainda os delitos leves, que, por sua natureza e circunstâncias não sejam relevantes para valorar a probabilidade de cometer novos delitos. Nesse aspecto, a legislação portuguesa possui um regramento mais aberto, onde os antecedentes não configuram pressuposto objetivo²¹⁴.

Os pressupostos objetivos vinculam a aplicação da suspensão da execução da pena. Inexistindo margem para discricionariedade na decisão competente. Por outro lado, a concessão da suspensão da execução da pena privativa de liberdade implica, também, a análise de pressupostos subjetivos, onde existe uma maior margem interpretativa, passível de ingerência pela política criminal vigente, possibilitando, assim, a diminuição da sua aplicação.

Com efeito, a legislação portuguesa atribui como pressupostos subjetivos a personalidade do agente, as condições da sua vida, sua conduta anterior e posterior ao crime e circunstâncias deste, bem como a conclusão de que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficientes as finalidades da punição (art.º 50, n.º 1, CP). Atendidos todos os pressupostos, a suspensão da pena torna-se um poder-dever ao qual o julgador encontra-se vinculado²¹⁵.

excepcionada nos casos de o condenado ser maior de 70 anos ou por razões de saúde que justifiquem a suspensão, permitindo a suspensão de penas não superiores a 4 anos, cf. art.º 77, §2.º, do CP.

²¹⁴ A ausência desse pressuposto objetivo não retira a possibilidade do julgador valorar a existência de delitos anteriores, no momento de apreciar as circunstâncias pessoais do apenado e/ou as condições de vida e condutas anteriores, como será visto a seguir.

²¹⁵ Cf. Acórdão do STJ português, processo n.º 06P3116, relatoria de Oliveira Mendes: “I - Como claramente decorre do texto do art. 50.º, n.º 1, do CP, a aplicação da pena de suspensão da execução da prisão não constitui uma faculdade para o tribunal, antes um poder-dever. II - Do mesmo modo, a subordinação da suspensão da execução da pena, quer ao cumprimento de regras de conduta, quer ao cumprimento de deveres, também constitui sempre um poder-dever do tribunal(...)”

Por seu turno, a suspensão da pena, no ordenamento jurídico espanhol, é considerada uma decisão discricionária do juiz ou Tribunal²¹⁶, conforme art.º 80. 1, do CP espanhol, na medida que o julgador tem margem interpretativa sobre as circunstâncias do delito cometido, circunstâncias pessoais do apenado, seus antecedentes, conduta posterior ao delito, em especial a vontade de reparar os danos causados, além dos efeitos esperados com a própria suspensão e cumprimento das medidas impostas.

De maneira semelhante, Brasil estabelece como requisitos subjetivos a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, e demais motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício (art.º 77, II, do CP). Ponto relevante da suspensão condicional da pena no âmbito brasileiro reside na sua distinção com a substituição da pena. Conforme art.º 77, III, do CP, a suspensão da pena apenas será aplicável quando não seja indicada ou cabível a substituição da pena por penas restritivas de outros direitos²¹⁷.

Nessa seara, o ordenamento brasileiro permite que as penas restritivas de direito²¹⁸ substituam as privativas de liberdade quando esta não for aplicada em patamar superior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, sendo o facto negligente (art.º 44, I, CP), devendo, ainda, serem avaliados culpabilidade, antecedente, conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Sob a rubrica de ‘substituição da prisão’, o CP português, nos termos do art.º 45.º, n.º 1, permite que a pena de prisão aplicada em medida não superior um ano seja substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável. Nesses

²¹⁶ Cf. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, p. 727.

²¹⁷ Esse novo requisito foi imposto pela Reforma do Código Penal de 1984, que realizou profundas mudanças no texto legal; uma delas encontra-se na ascensão das penas restritivas de direito – antes penas acessórias - ao patamar de penas principais e autônomas, passíveis de substituir as penas privativas de liberdade, nos moldes do art.º 44, do CP brasileiro.

²¹⁸ Nos moldes do art.º 43 do CP brasileiro, consideram-se “penas restritivas de direito” as seguintes: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – limitação de fim de semana; IV prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – limitação de fim de semana.

moldes, a multa de substituição diferencia-se da pena principal de multa, principalmente quanto ao seu regime legal²¹⁹.

Ainda nesse aspecto, permite a substituição da pena de prisão não superior a três anos pela proibição do exercício de profissão, função ou atividade, desde que o crime tenha sido cometido pelo arguido no respectivo exercício, e que conclua-se que a substituição cumprirá, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, de acordo com o texto do art.º 46.º, do CP. Igualmente, estabelece o art.º 58.º do CP, que a pena de prisão não superior a dois anos substituir-se-á por prestação de trabalho a favor da comunidade na hipótese de se concluir que, em razão da idade condenado, por essa via se cumpram as finalidades da punição.

Sobre o ponto, convém abordar a reforma ocorrida no sistema espanhol, colocada em prática com a Ley Orgánica n.º 1/2015, 30 de março. Anteriormente à mudança legislativa, o sistema permitia a substituição da pena de prisão de até um ano – excepcionalmente, não superior a dois anos - por trabalho em benefício da comunidade ou por multa, a depender das circunstâncias pessoais do réu, da natureza do delito, de

²¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora n.º 1318/13/8APTM.E1, de relatoria de António João Latas de 08/04/2014 (redigido sob o amparo da legislação vigente à época, mas, ainda, pertinente): “I. A multa de substituição diferencia-se da pena principal de multa em aspectos importantes do respetivo regime legal, que lhe conferem maiores virtualidades do ponto de vista da prevenção especial, mas também de prevenção geral positiva, permitindo, assim, com respeito pela racionalidade do sistema de penas, que o tribunal substitua a pena de prisão não superior a 1 ano por multa de substituição, de acordo com o regime regra estabelecido no art. 43.º, n.º 1, do Código Penal, mesmo que na fase de escolha da pena principal tenha afastado a aplicação da pena de multa com os fundamentos previstos no art. 70º do mesmo Código. II. Uma vez que aquele art. 43.º, seus n.ºs 1 e 2, apenas prevê a aplicação á multa de substituição do disposto no art. 47.º e no art. 49.º, n.º 3, do Código, esta pena de substituição distingue-se da multa principal em cinco importantes aspectos:- a multa de substituição é fixada dentro dos limites gerais subsidiariamente estabelecidos no art. 47.º, ou seja, entre 10 e 360 dias, independentemente da moldura prevista no tipo legal para a multa principal; - não é admissível a substituição da multa por trabalho, nos termos do art. 48.º do Código Penal;- no caso de falta de pagamento da multa de substituição, não tem lugar o pagamento coercivo da mesma, nos termos do art. 49.º n.º 1, do Código;- no caso de incumprimento culposo, a multa de substituição não é cumprida em prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, tendo o arguido que cumprir integralmente o tempo de prisão substituída;- contrariamente ao previsto no art. 49.º, n.º 2, do Código, para a multa principal, o arguido que tenha incumprido culposamente a obrigação de pagar a multa de substituição, não pode evitar, total ou parcialmente, a condenação, pagando, no todo ou em parte, aquela mesma multa.”

sua conduta e, em particular, do esforço para reparar o dano causado. Noutra vertente, permitia-se a substituição da pena privativa de liberdade inferior a seis anos, imposta a um estrangeiro não residente legalmente em território espanhol, por sua expulsão²²⁰.

Através da reforma, o art.º 88 do CP espanhol, que legislava o tema, foi revogado, sob a justificativa de implementar um novo sistema, “caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia”²²¹. Nesses moldes, a substituição da pena de prisão passou a integrar o sistema da substituição, conforme nova redação do art.º 84 do CP espanhol. Por seu turno, a segunda modalidade de substituição foi mantida, tornando possível a substituição de penas superiores a um ano impostas a um cidadão estrangeiro – legal ou ilegal –, inclusive cidadãos da União Europeia, se cumpridos determinados requisitos legais.

Feito esse apanhado sobre as regras colocadas à disposição dos julgadores, passamos à análise dos números de presos condenados às penas de curta duração, em detrimento às demais modalidades previstas no ordenamento jurídico.

Nesse quadro, com base nos dados oficiais disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional brasileiro, até dezembro de 2015, do total da população penitenciária condenada, 23% cumpria pena de até 4 anos²²². Desse montante, 9% dos presos cumpriam penas de até 2 anos.

São índices altos, considerando todas as alternativas previstas pela legislação vigente, anteriormente relatadas, inclusive para condenações de até 4 anos em crimes sem violência ou grave ameaça, passíveis de substituição por penas restritivas de direito.

²²⁰ A medida foi implementada no intuito de descongestionar as prisões espanholas, com elevados índices de presos estrangeiros; contudo, o crescimento contínuo da população carcerária – tanto espanhola como estrangeira – não permite assegurar a efetividade do instituto, cf. García España, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015: ¿de la discriminación a la reinserción?”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-07, (p. 1-31), 2016, disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>, acesso em: 20/01/2018, p. 11.

²²¹ Cf. Preâmbulo/exposição de motivos da Ley Orgánica 1/2015, de 30 de março, item I.

²²² Cf. Santos, T. (Org); Rosa, M.I. (Cool.), *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2015*, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 53. Desse total, 2% cumpria pena de até 6 meses; 1% de mais de 6 meses até 1 ano; 4% de mais de um ano até 2 anos; e, 16% de mais de dois até 4 anos.

Nessa perspectiva, não seria demais lembrar que, numa população prisional condenada de 436.832 presos, o percentual de 23% corresponde à 100.471 reclusos. Trata-se de um montante extremamente relevante, que poderia estar afastado do sistema prisional, respondendo pelas práticas delituosas de através de medidas alternativas mais eficientes.

Por seu turno, os números oficiais demonstram que, até 31 de dezembro de 2016, das 9415 penas e medidas aplicadas a homens portugueses²²³, 2075 são penas de prisão não substituídas e não suspensas menores de 3 anos²²⁴. Detalhando esse número, 219 cumpriram penas de até 6 meses; 371 de 6 a 12 meses; 1485 de 1 a 3 anos de prisão não substituída ou suspensa²²⁵.

Considerando o período dos cinco anos anteriores à 2016, podemos afirmar que se trata de uma média frequente. Com efeito, no período compreendido entre 2011 a 2015, da população prisional²²⁶, uma média de 20% corresponde a presos condenados à pena de prisão não suspensa ou substituída, inferior a três anos.

Quanto ao ordenamento espanhol, apesar da importância de sua legislação – e, principalmente das recentes mudanças ocorrida –, a ausência de dados oficiais não permitiu uma análise precisa para acrescentar ao presente trabalho.

Todavia, diante dos números oficiais brasileiro e português, é possível afirmar que, mesmo com o amplo espaço de jogo disponibilizado ao julgador, as penas curtas alcançam um patamar relevante. Portanto, ainda resiste a ideia de que a prevenção especial é melhor atingida em decorrência da aplicação efetiva da pena de prisão; sem falar da necessidade dos anseios de uma sociedade punitiva, sob a escusa de se atingir a prevenção geral²²⁷.

²²³ Nesses números não estão incluídas as penas aplicadas à estrangeiros e condenadas mulheres.

²²⁴ Cf. Direção-Geral da Política de Justiça, Estatísticas Oficiais da Justiça, *Serviços Prisionais*, disponível em: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/SIEJ/PDFs/Execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20penas%20e%20medidas%20de%20interven%C3%A7%C3%A3o%20social/ServicosPrisionais.pdf>, acesso em: 23/02/2018, p. 9.

²²⁵ Cf. Direção-Geral da Política de Justiça, Estatísticas Oficiais da Justiça, *Serviços Prisionais...*, p. 8.

²²⁶ Do mesmo modo, os números aqui apontados correspondem à população masculina nacional de Portugal.

²²⁷ Nesse sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 2421/08-1, que nega a suspensão da execução da pena, ora concedida em 1.ª instância, em que se afirma que a suspensão

2. Prisão preventiva: da exceção à regra

a) *Breves considerações doutrinárias*

Muito embora a prisão, tal como meio essencial de punição, seja espécie de pena relativamente recente, aquela de carácter preventivo²²⁸ já era usada desde os ordenamentos gregos e romanos²²⁹, perpetuando até os dias atuais. Seu uso, apesar de contínuo, não é pacífico, estando circundado de constante debate doutrinário.

Inicialmente, a crise desse instituto reside na “tensão entre eficácia da perseguição penal e direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”²³⁰. Acontece que, apesar de ser um instituto muitas vezes necessário para a persecução penal, é, ao mesmo tempo, uma medida que fere frontalmente a liberdade de alguém que se presume inocente, dificultando a compatibilização com os ditames de um Estado Democrático de Direito²³¹, em especial no que tange ao princípio da presunção de inocência do arguido.

Com efeito, a Constituição Portuguesa é taxativa ao afirmar que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”, conforme n.º 2 do art.º 32. Por seu turno, a CRFB/88 advoga no mesmo sentido, de modo que, pelos termos do inciso LVII, do art.º 5.º, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Igualmente, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²³², além da Convenção Europeia dos

afrontaria o sentimento jurídico da comunidade, eis que existe grande sensibilidade social em relação ao crime de tráfico de estupefacientes.

²²⁸ Para fins deste estudo, conceituar-se-á prisão preventiva como medida de coação, ou seja, “meio processual de limitação da liberdade pessoal do arguido que tem por fim acautelar a eficácia do processo criminal”, cf. Moraes Rocha, J. L., *Ordem pública e liberdade individual: um estudo sobre prisão preventiva*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 29.

²²⁹ Cf. Fabião, F., *A prisão preventiva*, Braga: Cruz, 1964, p. 6.

²³⁰ Cf. Silva Dias, A., “A prisão preventiva após a revisão de 2007 do código de processo penal: foi superada a crise?”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, (pp. 1379-1393), p. 1379.

²³¹ *Idem*, p. 1380.

²³² Em vigor no Estado Brasileiro por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992; já em Portugal, entrou em vigor na ordem jurídica em 15 de setembro de 1978, pela Lei n.º 29/78 de 12 de junho de 1978.

Direitos Humanos, reforçam o princípio da presunção de inocência do arguido até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse viés, a aplicação de medidas provisórias de coação ao arguido, a quem se deve presumir inocência, gera um confronto lógico, psicológico e sociológico com tal princípio, inobstante a possibilidade de compatibilidade com o texto constitucional^{233,234}. Diante desse confronto, Rui Patrício questiona-se se tal princípio não seria uma norma vazia²³⁵, sem chegar à conclusão concreta.

Tal questionamento é posto em destaque por Luigi Ferrajoli, concluindo que, se não se quer reduzir o princípio da presunção de inocência à norma inútil, é preciso não só evitar o uso exacerbado da prisão preventiva, mas sim aboli-la completamente, sob o escopo de ser instrumento ilegítimo e mitigador de garantias penais e processuais²³⁶. A referida tese, apesar de sua inegável importância, ainda é minoritária na doutrina.

Afastando-se de tal tese abolicionista, o Mestre Silva Dias leciona que o princípio da presunção de inocência funciona como ferramenta hábil para obstar que a prisão preventiva assuma um sentido punitivo²³⁷. O Professor prossegue afirmando a importância de outros princípios no âmbito da prisão preventiva, nomeadamente a subsidiariedade - por ser medida excepcional -, a proporcionalidade - a variar com o tipo penal *sub judice* -, e a precariedade - diante do seu carácter provisório²³⁸.

Corroborando o entendimento anterior, oportuno trazer à baila a jurisprudência alemã, exposta pela Reclamação Constitucional contra decisão judicial, de 15/12/1965,

²³³ A Constituição Portuguesa excepciona, expressamente, o direito de liberdade pela aplicação de detenção ou prisão preventiva pela prática de crime doloso, conforme art.º 27.º, n.º 3, “b”.

²³⁴ Cf. Patrício, R., *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 16.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ Cf. Ferrajoli, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 555.

²³⁷ Cf. Silva Dias, A., “A prisão preventiva...”, p. 1380

²³⁸ *Idem*.

BverfGE 19, 342²³⁹, que compatibiliza a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, sob o ponto de vista da persecução penal²⁴⁰, desde que aplicada na restrita medida em que, de um lado, encontram-se dúvidas contra a inocência do arguido, fundadas em indícios concretos, e, por outro, a inexistência de outros meios aptos a assegurar a persecução penal²⁴¹.

Conclui, então, que a perseguição de outros fins através da prisão preventiva deve ser excluída; afastando, veementemente, a natureza de pena deste instituto, ou de antecipação de proteção do bem jurídico²⁴².

Igualmente, o TEDH professa o entendimento de que as medidas cautelares são compatíveis com o princípio da presunção de inocência, posto que não implicam, por si mesma, um juízo de culpabilidade, e tampouco manifestam o julgamento do processo que está a correr²⁴³.

Nesses moldes, acompanhamos a tese majoritária, através da qual entende-se pela compatibilidade da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, bem como com a demais garantias do arguido. Sendo certo que essa compatibilidade está adstrita à observância dos fins constitucionais legítimos, “que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su

²³⁹ Disponível em Schwabe, J. (Comp.), Martins, L. (Org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, Trad. Beatriz Henning *et al*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 309-314.

²⁴⁰ Inobstante tais assertivas, é preciso cuidado ao utilizara prisão preventiva com escopo, tão somente na garantia da persecução penal. Nesse sentido, vale a leitura das considerações proferidas pelo Prof. Winfried Hassemer, onde afirma que “somente uma correspondência correta entre o interesse na persecução e o interesse pela liberdade efetivada no princípio da proporcionalidade cria a justiça. A referência às condições da «capacidade funcional da administração da justiça penal» visa única e exclusivamente à justificativa do interesse pela persecução. Assim, sua fundamentação em uma ideia de justiça não apenas não se justifica como é equivocada”, cf. Hassemer, W., *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 112.

²⁴¹ *Idem*, p. 312.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Cf. Buiza, A.A., “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa” in Roca, J. G., Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (pp. 325-341), p. 333.

adopción y mantenimiento, ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines”²⁴⁴.

Contudo, tais garantias penais e processuais que circundam a prisão preventiva são muitas vezes distorcidas e violadas por decisões judiciais, sendo utilizadas à margem dos critérios e pressupostos legais, deixando de ser medida excepcional para se tornar regra na prática jurídica, influenciando diretamente na população carcerária.

b) Distorção de pressupostos e uso indiscriminado

Por certo, a prisão preventiva figura no ordenamento jurídico como exceção ao direito de liberdade, direito de todos a não ser privado de liberdade, podendo ser utilizada nas hipóteses e formas previstas na lei²⁴⁵, atendendo, portanto, ao princípio da legalidade. A prisão apenas se justifica quando há indicações concretas de “una exigencia genuina de interés público que, a pesar de la presunción de inocencia, prevalezca sobre la regla general del respeto a la libertad individual”²⁴⁶.

Dentro deste panorama, a lei, em consonância com a Constituição e Tratados Internacionais, ganha papel de destaque, posto que é nela que se encontram os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, bem como atribui-se o limite temporal deste instrumento²⁴⁷. Decorrente dessa importância, impõe-se que a lei seja suficientemente precisa, evitando qualquer risco de arbitrariedade²⁴⁸. Seguindo esse raciocínio, os pressupostos legais devem ser elencados de maneira exaustiva, evitando, ao máximo margem para interpretações extensivas e decisões discricionárias²⁴⁹.

²⁴⁴ Cf. Álvarez García, F. J., Jiménez, A. Q., “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)”, in Roca, J. G., Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (pp. 129-199), p. 174.

²⁴⁵ *Idem*, p. 130.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 130.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 131.

²⁴⁸ Cf. European Court of Human Rights, Grand Chamber, Case of Medvedyen and Others v. France (Application no. 3394/03) p. 27, Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/bfc2b7/pdf/>, acesso em: 20.08.2017.

²⁴⁹ Contudo, é preciso ter em mente que tais condições não garantem a correção de uma decisão judicial, mas funcionam como elementos aptos a proporcionar transparência e permitir o controle da atuação do juiz, cf. Hassemer, W., *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 6.

No âmbito português, a Constituição da República apresenta artigo expresso sobre o tema da prisão preventiva, assegurando sua natureza excepcional, determinando que esta não deverá ser decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei, nos termos do seu art.º 28.º, n.º 2. Por conseguinte, o Código de Processo Penal elenca uma gama de medidas de coação menos gravosas, apresentando a prisão preventiva como utilizável apenas na hipótese daquelas se mostrarem insuficientes ou inadequadas.

A prisão preventiva poderá ser imposta ao arguido dentro das hipóteses previstas pelas alíneas do art.º 202.º, n.º 1, do CPP²⁵⁰. Além das situações elencadas no art.º 202.º, é imprescindível que sejam verificados, no momento da aplicação da medida a fuga ou perigo de fuga, perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo ou o perigo de continuação da atividade criminosa ou risco de perturbação grave da ordem e tranquilidade públicas, conforme art.º 204 do CP.

De outra sorte, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 não apresenta artigo específico para a prisão preventiva. Contudo, do bojo do art.º 5.º e seus incisos, é possível extrair regras norteadoras desse instituto, afirmando-se, *e.g.*, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente” (inc. LXII) e “ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, quando a lei

²⁵⁰ Art.º 202.º, n.º 1, CPP: - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

- a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos;
- b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta;
- c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- f) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Por seu turno, o Código de Processo Penal estabelece os requisitos e regramento para a aplicação da prisão preventiva e das demais medidas de coação.

Ainda sobre o ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar a importância da revisão ensejada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou o Código de Processo Penal vigente, nos temas concernentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

Em especial quanto às medidas cautelares, a referida lei é de suma importância, vez que, pela primeira vez, é colocado à disposição do magistrado um rol legal de medidas de coação diversas da prisão. A mudança legislativa, nesse aspecto, caminha bem e compatibiliza o texto infraconstitucional com a Lei Maior, além dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, reforçando o caráter excepcional da prisão preventiva.

Nos ditames brasileiro, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conforme art.º 312, do CPP, devendo observar os pressupostos objetivos elencados no art.º 313²⁵¹.

Entretanto, inobstante a mudança legislativa nesse sentido, ainda prevalece a aplicação da prisão preventiva nos Tribunais brasileiros. Tais entidades, muitas vezes, privilegiam a eficácia das investigações em detrimento das garantias do arguido, seguindo, até mesmo uma ideologia pré-punitiva de tais prisões.

Na circunscrição deste trabalho, contudo, não nos acabe avaliar a higidez da legislação vigente em cada país, ou analisar os requisitos e pressupostos específicos para a

²⁵¹ Art.º 313, CPP brasileiro: Nos termos do art.º 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art.º 64 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança ou adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

imposição da medida de coação. Ao revés, importa abordar o relacionamento entre a norma e as situações fáticas²⁵², expressado na forma da decisão judicial. Como já apontado, Hassemer adverte que a lei não pode ser entendida como uma medida imutável, da qual uma decisão no caso concreto advém de maneira mecânica²⁵³, sendo necessário um processo de entendimento da norma. Assim, imprescindível avaliar o processo de entendimento emanado pela jurisprudência quanto às medidas de coação, possibilitando a verificação do uso indiscriminado desse instituto.

Isto posto, nos restringimos a dois pressupostos gerais para aplicação das medidas de coação, comumente presentes nos ordenamentos jurídicos, que, por sua indeterminação, permite maior discricionariedade ao julgador: gravidade do delito cometido e resguardo da tranquilidade e ordem públicas²⁵⁴.

Quanto à gravidade do crime, certo é que, normalmente, a prisão preventiva – como medida coativa grave – não é destinada aos crimes de menor potencial ofensivo. Com isso, o CPP português reserva seu uso a determinados crimes dolosos e violentos, nos ditames previstos pelo art.º 202.º; do mesmo modo, o art.º 313 do CPP brasileiro, prevê a utilização desse instrumento a crimes de maior gravidade.

Todavia, esse critério, sozinho, não é capaz de determinar a prisão provisória do arguido. Nessa toada, o Tribunal Constitucional Alemão é categórico em afirmar que a gravidade do crime contra a vida, e tampouco a gravidade da culpa – ainda não comprovada - justificam por si só a prisão do acusado²⁵⁵. Por óbvio, menos ainda justificaria a imposição da prisão preventiva decorrente da comoção popular. Esse mesmo tribunal, com base no princípio da proporcionalidade, atribui ao juiz o dever de verificar se outras medidas de coação menos gravosas, que não a prisão preventiva,

²⁵² Em outras palavras, busca-se a compreensão das teorias interpretativas e argumentativas quanto à aplicação prática das medidas de coação no caso concreto, sendo certo que “qualquer jurisprudência possui uma estrutura analógica, ela é um dispor da correspondência entre situação fática e a norma”, cf. Hassemer, W., *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 14.

²⁵³ Cf. Hassemer, W., *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

²⁵⁴ Como já referido anteriormente, requisitos previstos pelos art.ºs 204.º e 312 dos Códigos de Processo Penal português e brasileiro, respectivamente.

²⁵⁵ Cf., BverfGE 19, 342, de 15/12/1965, disponível em Schwabe, J. (Comp.), Martins, L. (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, Trad. Beatriz Henning *et al*, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, (pp. 309-314), p. 313.

não seriam suficientes para evitar a fuga, destruição ou falseamento de provas reincidência²⁵⁶.

A gravidade do crime está intimamente ligada ao critério da tranquilidade e ordem públicas. Nomeadamente, de acordo com o CPP português, a medida coerciva poderá ser aplicada se, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, houver perigo de perturbação grave à ordem e tranquilidade públicas²⁵⁷. Entretanto, o legislador – tanto português quanto brasileiro – não oferece uma conceituação do que seria considerado a garantia da ordem e tranquilidade públicas, deixando sua aplicação à discricionariedade do julgador.

Ainda que o presente trabalho não objetive a avaliação da legislação vigente, importante tecer comentários específicos quanto ao critério da “manutenção da tranquilidade e ordem pública”, cuja constitucionalidade é questionável. A utilização desse requisito – vago e impreciso – permite ao magistrado a atuação em prol da segurança pública, papel rechaçado anteriormente. Igualmente, tal previsão legal abre espaço para a consideração do “clamor público”, que pode facilmente ser contaminado pela ideologia punitivista e encarceradora. Fundada nesses elementos, a prisão preventiva assumiria um carácter punitivo e antecipador da condenação, deixando de lado o papel cautelar e processual legitimador das medidas de coação.

Inobstante tais considerações, a preocupação com a ordem pública é frequente nas decisões que aplicam a prisão preventiva aos arguidos. A incerteza de seu significado possibilita sua utilização em diversos sentidos.

Nesses moldes, a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso Letellier v. France, para além de outros pontos, analisou o que seria considerado por violação da ordem pública. Com efeito, asseverou-se que perturbação da ordem pública seria entendida como a perturbação da opinião pública, seguida da libertação do

²⁵⁶ Cf. BverfGE 19, 342, de 15/12/1965, disponível em Schwabe, J. (Comp.), Martins, L. (Org.) *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal...*, p. 314.

²⁵⁷ O tema é bem abordado por Lopes Jr, A., Morais da Rosa, A., “Crise de identidade da ‘ordem pública’ como fundamento da prisão preventiva”, in *Portal Consultor Jurídico*, 2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>, acesso em: 17/02/2018. A crítica também é feita pelo Mestre Silva Dias, em “A prisão preventiva...”, p. 1391.

suspeito, não podendo derivar-se simplesmente gravidade do delito²⁵⁸. Nessa oportunidade, afirmou-se que, para além da gravidade da conduta, é preciso avaliar, v.g., possíveis atitudes e condutas do suspeito uma vez posto em liberdade²⁵⁹.

Assumindo o julgamento, o TEDH firmou entendimento de permitir a prisão preventiva por determinado tempo, para delitos de particular gravidade e de grande reação pública – sem, contudo, mencionar, mesmo que de maneira exemplificativa, quais seriam esses delitos. Contudo, deixa claro que a gravidade do fato apenas poderá ser considerada como relevante e suficiente para fundamentar a medida de coação se baseada em fatos capazes de demonstrar que o acusado, uma vez em liberdade, colocaria em risco, de facto, a ordem e tranquilidade pública.

No entanto, é comum os tribunais substituírem o perigo à ordem e tranquilidade públicas pela simples constatação da gravidade de crime, como se sinónimos fossem, contrariando o entendimento acima exposto. A banalização de tal critério fomenta o uso exacerbado de prisões preventivas.

Nessa seara, relatamos o Acórdão proferido no Recurso n.º 196/10.3JAFAR-A.E1, proferido Tribunal da Relação de Évora, de relatoria do Des. João Nunes²⁶⁰, julgado em 13/08/2010. O recurso recaía sobre despacho que determinou que o arguido aguardasse o resultado do processo penal pela prática do delito de homicídio, sujeito à medida de coação de prisão preventiva.

Conforme narra a decisão, o arguido confessou a prática delituosa. Essa prática, por si só, seria suficiente a demonstrar o intento de colaborar com a instrução penal e a ausência de intenção em subtrair-se à ação da justiça.

Todavia, o Tribunal em questão considera necessária a medida de coação mais gravosa em razão da gravidade do delito. Afirma-se que “numa sociedade cada vez mais global,

²⁵⁸Cf. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Grand Chamber, *Case Letellier v. France* (Application no. 12369/86), Disponível em: [http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Letellier%20v.%20France%20\[26%20Jun%201991\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Letellier%20v.%20France%20[26%20Jun%201991]%20[EN].pdf), acesso em: 17/02/2018, p. 17.

²⁵⁹ *Case Letellier v. France* (Application no. 12369/86), p. 17.

²⁶⁰Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c1b8fe0ce23ae7cc80257de100575095?OpenDocument>, acesso em 23/02/2018.

difficilmente os cidadãos em geral compreenderão e aceitarão [que o arguido] não fosse sujeito à medida de coação mais gravosa, de prisão preventiva”, em decorrência da simples gravidade do delito de homicídio.

De igual modo, o Tribunal argumenta ser irrelevante o facto de o arguido ser primário e se encontrar inserido social, familiar e profissionalmente, sendo o ato isolado praticado em razão de súbito estado de nervosismo.

Observando essa mesma linha, citamos o Acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento do Habeas Corpus impetrado por arguido submetido à prisão preventiva pelo suposto cometimento do delito de homicídio, sob os fundamentos da manutenção da ordem pública e garantia da instrução penal²⁶¹.

A *ratio decidendi* exposta no voto do Relator demonstra cabalmente esse entendimento viciado das Cortes brasileiras, afirmando que “a conduta imputada ao paciente, de natureza hedionda, se revela de extrema gravidade, o que torna indispensável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, ante a repercussão negativa em toda a sociedade”²⁶², sem qualquer outra consideração adicional.

O acórdão apresenta ainda outros pontos que merecem destaque. Aponta-se a fundamentação da prisão preventiva na garantia da instrução penal. Nesse âmbito, baseia-se em suposições, desprovidas de qualquer corroboração fática presente nos autos, entendendo que a prisão preventiva se justificaria para preservar os depoimentos das testemunhas, que “podem se sentir atemorizadas”²⁶³.

Noutro enfoque, o referido acórdão realiza uma interpretação ao revés do texto legal previsto pelo CPP. Argumenta que as medidas cautelares alternativas apenas se justificam “na hipótese da segregação cautelar não se mostrar extremamente

²⁶¹ Acórdão no Habeas Corpus n.º 0054111-36.2017.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Claudio Tavares de Oliveira Junior, publicado em 27/10/2017, transitado em julgado em 29/01/2018, disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DE5BC0DE360254FAF6799B7718D8F26AC507152A5E3B&USER>, acesso em 17/02/2018.

²⁶² *Idem*, p. 9.

²⁶³ Cf. Acórdão no Habeas Corpus n.º 0054111-36.2017.8.19.0000, p. 9.

necessária”²⁶⁴, evidenciando o apreço pelo encarceramento, sendo esta a regra e aquelas a exceção.

Nesta mesma abordagem, trazemos à baila o julgamento do Habeas Corpus, interposto em outubro de 2017, tramitado na Primeira Câmara Criminal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro²⁶⁵, cujo fundamento para manutenção da prisão preventiva reside, igualmente, na manutenção da ordem pública em razão da gravidade do delito cometido.

Na hipótese, a impetrante responde pela suposta prática dos crimes²⁶⁶ de homicídio, ocultação de cadáver e furto qualificado, em concurso material. Conforme denúncia oferecida pelo Ministério Público, a participação da impetrante nos fatos se resumiria à atração da vítima ao local do fato e ali permanecendo para dar auxílio moral aos corréus. A arguida é primária, possuindo bons antecedentes, exercendo, à época da prisão, atividade lícita e contando com residência fixa.

A arguida foi presa - grávida -, no dia 18.07.2014, por força da prisão temporária decretada e, em 15.08.2014, teve a sua prisão preventiva decretada a requerimento do Ministério Público, permanecendo nessa condição até o momento da conclusão do presente trabalho – ou seja, por 04 (quatro) anos.

O Habeas Corpus impetrado baseia-se na ilegalidade da privação da liberdade da arguida. Argumenta que a acusada é mãe de duas filhas menores, uma com 16 anos de idade e outra com apenas 2 anos de idade – nascida no cárcere em dezembro de 2014 - que, por tão tenra idade, depende de imprescindíveis cuidados da ré²⁶⁷. De tal modo, requereu a substituição da prisão preventiva pela adoção de medida cautelar afliativa menos gravosa, com fulcro nos ditames do art.º 318, V, do CPP brasileiro, que permite

²⁶⁴ Cf. Acórdão no Habeas Corpus n.º 0054111-36.2017.8.19.0000, p. 10.

²⁶⁵ Acórdão no Habeas Corpus n.º 0061828-02.2017.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Luiz Zveiter, publicado em 30/11/2017, transitado em julgado em 20/02/2018, disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041BC30767362D6DFE3C94652A58B7D042C507262F5820&USER=>, acesso em 18/02/2018.

²⁶⁶ Até o momento da conclusão do presente trabalho o julgamento não havia ocorrido, motivo pelo qual empregamos “suposta prática de delito”.

²⁶⁷ Ainda de acordo com as informações contidas nos autos, a bebê de 02 anos, nascida no cárcere, não possui a paternidade declarada, necessitando ainda mais dos cuidados maternos

ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos.

Durante a manutenção da prisão preventiva, a guarda da menor foi concedida à avó, genitora da arguida. Ocorre que a avó, por sua vez, possui uma filha portadora de retardo psíquico severo que, em razão dessa doença, necessita de cuidados constantes e especiais, além de fato de auxiliar nos cuidados médicos de seu marido, que sofreu infarto agudo do miocárdio.

Como razão de decidir, o julgador aponta que “a prisão domiciliar, no presente momento, não se mostra suficiente à gravidade dos delitos praticados, não sendo razoável a substituição da prisão preventiva”²⁶⁸, afirmando que a presença da avó supriria os cuidados maternos²⁶⁹. Prossegue afirmando que “a efetiva necessidade da custódia cautelar da paciente para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal é latente”²⁷⁰.

O julgador, contudo, não apresenta qualquer fato apto a demonstrar qualquer indício de perturbação da ordem pública com a soltura da indiciada, ainda mais após 3 anos a suposta prática do delito. Igualmente, não é trazido à tona qualquer indicativo de intenção de fuga ou de obstrução/perturbação da instrução criminal.

A ordem foi denegada, constatando que a prisão da arguida seria legal e necessária, decorrente “dos próprios fatos que lhe são imputados, corporificando a mecânica delitiva empregada ofensa à ordem pública”.

O entendimento acima esposado é corroborado pelos Tribunais superiores brasileiros, que veem na gravidade do delito *sub judice* fundamento suficiente para a perturbação da ordem pública, e constatar a periculosidade do arguido²⁷¹.

Trata-se de uma interpretação recorrente, que banaliza a utilização da prisão preventiva, através da adoção de critérios vagos e imprecisos, no lugar dos fins processuais

²⁶⁸ Cf. Acórdão no Habeas Corpus n.º 0061828-02.2017.8.19.0000, p. 10.

²⁶⁹ *Idem*, p. 13.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

²⁷¹ Para exemplificar, citamos julgamentos recentes proferidos pelo STJ pautados nesse entendimento: HC n.º 411160/SP, de 03/04/2018; HC n.º 411679/SP, de 03/04/2018; e, HC n.º 432309/RJ, de 05/04/2018.

legitimadores da prisão preventiva. Nesse contexto, é possível compreender os altos índices de presos preventivos no sistema carcerário brasileiro.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – mais recente, lançado em 2017, com dados atualizados até dezembro de 2015²⁷², a população prisional brasileira atingia a monta de 698.618 presos, sendo que, desse montante, 37% não haviam sido ainda julgados e condenados²⁷³.

Certo é que a referida porcentagem demonstra um decréscimo em relação aos dados apresentados em estatísticas anteriores, que apresentavam curva crescente na evolução das pessoas privadas em liberdade sem condenação²⁷⁴.

Inobstante a tímida diminuição constatada entre dezembro de 2014 e dezembro de 2015, não se pode olvidar que, através dos dados coletados pelo Ministério da Justiça brasileiro, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2015, a população provisória cresceu 223%, passando de 80.775 pessoas sem condenação em 2000 para 261.674 pessoas em 2015, acompanhando a tendência geral de crescimento da população prisional brasileira²⁷⁵.

A simples leitura desses dados pode ensejar a interpretação de que tal aumento decorre de uma legislação mais punitiva, como frequentemente se alega. Contudo, por meio da análise dos dados evolutivos dos presos provisórios realizados pelo Ministério da Justiça em dezembro de cada ano, é possível afirmar que, mesmo com o “abrandamento” da lei, a utilização da prisão provisória é recorrente.

Como já afirmado anteriormente, a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 dias após a publicação – que se deu em 05.05.2011 – trouxe diversas mudanças ao ordenamento jurídico em relação à prisão preventiva, incluindo no sistema medidas

²⁷² Cf. Santos, T. (Org); Rosa, M.I. (Cool.), *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2015*, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

²⁷³ *Idem*, p. 16.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 16. Em levantamento com dados até dezembro de 2014, dos 622.202 presos contabilizados, 40,13% não haviam sido julgados e condenados, estando sob regime da prisão provisória, cf. Santos, T. (Coord.), *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2014*, Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 25.

²⁷⁵ Cf. Infopen – dezembro de 2015, p. 17.

cautelares alternativas. No entanto, a implementação das novas possibilidades à disposição do Poder Judicial, o número de presos provisórios, após a entrada em vigência da lei, aumentou, no lugar de diminuir, como se era de esperar.

Observando com mais apuro e atendo-se ao período compreendido entre 2010 e 2015, nota-se que a mudança é gradual e constante, sendo a primeira diminuição em dezembro de 2015²⁷⁶. Em 2010, antes da entrada em vigor da legislação, a taxa de presos provisórios era de 33%. No ano seguinte, o número de presos nessas condições subiu para 34%. Já em 2012, com mais de um ano da vigência da lei, a taxa subiu para 35%. Mantendo a tendência, os anos de 2013 e 2014 registraram 37% e 40% de presos provisórios, respectivamente²⁷⁷.

Mesmo após quatro anos de vigência, manteve-se o alto número de presos provisórios no caótico sistema penitenciário brasileiro. A baixa receptividade da nova legislação é fruto da cultura do encarceramento, fortemente enraizada na jurisdição brasileira²⁷⁸. Os elevados números, inobstante o espaço de jogo para a determinação de outras medidas menos gravosas, demonstram o “sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”²⁷⁹, inflando, ainda mais, a população carcerária brasileira.

²⁷⁶ Até o momento da conclusão do presente trabalho, os dados referentes aos anos de 2016 e 2017 não foram disponibilizados pelo Órgão oficial competente. A análise dos dados concernentes ao período posterior à 2015 apresenta importância considerável, vez que possibilita a avaliação da efetividade da audiência de custódia, não prevista na legislação brasileira, mas de observância obrigatória determinada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADPF n.º 347/DF. Como será detalhado mais à frente, o julgamento determinou a realização das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão, em atenção aos art.ºs 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

²⁷⁷ Cf. Santos, T. (Org); Rosa, M.I. (Cool.), *Levantamento nacional...*, pp. 8 e ss.

²⁷⁸ Cf. Souza Netto, J.L., “A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção”, in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), n.º 3 (pp. 811-842), p. 829.

²⁷⁹ Cf. Ministério da Justiça brasileiro, *A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de pesquisa – Sumário Executivo*, novembro de 2014, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>, acesso em 19/02/2018, p. 7. A pesquisa demonstra, ainda, que, até novembro de 2014, 37% dos arguidos que

Já quanto às estatísticas portuguesas, dos 5.311 reclusos entrados nos estabelecimentos penais durante o ano de 2016, 2.158 entram na qualidade de presos preventivos, correspondendo à 40% das entradas no sistema do respectivo ano²⁸⁰. Trata-se de um patamar elevado recorrente, vez que nos cinco anos que antecedem à 2016, o percentual de reclusos entrantes no sistema por força da prisão preventiva corresponde a uma média de 42%²⁸¹.

Ambos os países contam com altos números de presos preventivos, muito embora contem com legislações que possibilitam a aplicação de medidas alternativas à prisão, que, a nosso ver, são suficientes a cumprir a função cautelar inerente à fase processual. E, para além da efetividade, não resta dúvida que a diminuição desse número proporciona um alívio nos índices populacionais carcerários, liberando vagas e retirando desse cenário indivíduos que não necessitam aí estar, ante a ausência de condenação.

IV. O Poder Judicial no combate à sobrelotação

Por outro lado, mostra-se imprescindível abordar a relação combativa que o Poder Judicial pode adotar frente à sobrelotação carcerária. Desviando-se da forte tendência encarceradora e agindo sob a égide da proteção dos direitos fundamentais, são proferidas decisões que visam reduzir os problemas estruturais do sistema penitenciário, como será discorrido a seguir.

1. Da jurisprudência selecionada

Objetivando atribuir um caráter global à pesquisa, serão abordadas decisões de Cortes Superiores a níveis nacional e internacional, cujos reflexos são de grande relevância, vez que dotadas de maior força executória e abrangência territorial, que, quando

responderam ao processo preso não foram condenados à pena privativa de liberdade, demonstrando a desproporcionalidade da prisão preventiva.

²⁸⁰ Cf. Direção-Geral da Política de Justiça, Estatísticas Oficiais da Justiça, *Sistema...*, p. 8.

²⁸¹ Conforme compilação dos dados disponibilizados pela Direção-Geral da Política de Justiça.

reiteradas, formam jurisprudências e abrem espaço para a construção de uma norma jurídica²⁸².

a) O julgamento do Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro

De grande importância mostra-se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no bojo do Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, cuja sessão se deu em 02/12/2015, que assentou a impossibilidade de permanência de condenado em regime prisional mais gravoso, na hipótese de falta de vagas em estabelecimento adequado ao seu regime²⁸³.

O valor dessa jurisprudência reside não só quanto à análise da falta de vagas em regimes auxiliares, que, em tese, deveriam desafogar o regime fechado, mas sim ao vislumbrar medidas alternativas não previstas expressamente na legislação penal a serem colocadas à disposição do julgador das instâncias originárias, na procura de remediar o *status quo* das instituições penitenciárias brasileiras.

O referido RE conta com o seguinte acórdão: “(...)acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, dar parcial provimento ao extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto; vencido Marco Aurélio, que o desprovia. Em seguida, apreciando o Tema 423 da repercussão geral, fixar tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime

²⁸² Cf. Becho, R. L., “Conflitos de jurisprudência entre STJ e STF”, in *Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*, 2017, disponível em: <http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Conflitos-de-jurisprud%C3%Aancia-entre-STJ-e-STF.pdf>, acesso em: 23/03/2018, pp. 8 e 9.

²⁸³ A título de elucidação, o Código Penal brasileiro, por seu art.º 33, estabelece três tipos de estabelecimentos penais, a saber: fechado – execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média -, semiaberto – execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar -, e aberto – execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado”.

Com efeito, o citado RE foi interposto pelo Ministério Público estadual, em face de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de apelação, determinando que, enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda a todos os requisitos da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade seja cumprida em regime de prisão domiciliar.

Em síntese, o *parquet* argumentou no RE que “a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que a atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas”^{284,285}.

A abordagem do caso em julgamento, no âmbito do voto elaborado pelo Min. Relator, foi dividida em cinco partes. Em um primeiro momento, buscou-se uma análise geral da execução penal nos regimes semiaberto e aberto. Em segundo plano, analisa-se a manutenção do condenado no regime mais gravoso, caso inexista vaga no regime adequado. Em terceiro, avalia-se as consequências do direito a não ser mantido em estabelecimento penal destinado ao regime mais gravoso. Já na quarta parte, são propostas medidas a serem adotadas pelo CNJ, a fim de avançar na solução do quadro

²⁸⁴ Nos moldes do art.º 117, da Lei n.º 7.210/84, a prisão domiciliar é prevista para o beneficiário de regime aberto nas seguintes hipóteses: “I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante”.

²⁸⁵ Cf. Relatório no Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, p. 2.

de déficit de vagas no sistema carcerário. E, por fim, atribui-se ao caso concreto *sub judice* as teses genéricas antes expostas.

No mérito, o relator começa por afirmar que “o sistema progressivo de cumprimento de penas não está funcionando como deveria”²⁸⁶, considerando as vagas existentes muito aquém da demanda, além de não serem distribuídas uniformemente no território nacional.

A decisão levou em conta os dados obtidos pelo Depen, no ano de 2014, e pelo levantamento realizado pelo CNJ, do mesmo ano, que revelam números da execução penal no território Brasileiro. Afirma-se que o déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto estaria, à época do julgamento, na ordem de 210.000 (duzentas e dez mil) vagas. Argumenta, ainda, que 17 (dezessete) estados da federação, incluindo Rio de Janeiro e São Paulo – estados com maior população carcerária – não adotam o sistema aberto. Nesse contexto, destaca a existência de 32.460 presos sentenciados em regime fechado, com direito à progressão, aguardando a abertura de vagas no semiaberto, e outros tantos sob prisão domiciliar pela falta de vagas no regime adequado.

Já no mérito, a possibilidade de manutenção do condenado no regime mais gravoso, inexistindo vagas em estabelecimento adequado a seu regime é tratado sob a ótica de duas garantias constitucionais: a individualização da pena e a legalidade. Defende-se a tese de que a progressão de regime concretiza a individualização da pena, no plano infraconstitucional, tanto na fase de aplicação, quanto na execução²⁸⁷.

Por seu turno, fundamenta a violação ao princípio da legalidade pelo fato da legislação brasileira prever o sistema progressivo de cumprimento de penas, configurando-se como direito do condenado ser inserido em um regime inicial compatível e de progredir de regime de acordo com seus méritos²⁸⁸.

Conclui que a manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução e uma violação de seus direitos, rechaçando quando possibilidade de

²⁸⁶ Cf. Voto no Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, p. 1

²⁸⁷ *Idem*, p. 6.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 8.

ponderação dos direitos do condenado em prol dos interesses da sociedade na manutenção da segurança pública²⁸⁹.

Decorrente do direito de não ser mantido em estabelecimento destinado ao regime mais gravoso, o Min. Relator não descarta a utilização da prisão domiciliar, fora das hipóteses legais; contudo, limita seu uso até que sejam estruturadas outras medidas²⁹⁰. Nesses moldes, propõe como medidas alternativas a saída antecipada, a liberdade eletronicamente monitorada, e as penas restritivas de direito e/ou estudo²⁹¹, dependentes de adesão do condenado.

Sobre esse aspecto, mostra-se interessante a análise feita pelo julgador de modo a compatibilizar as medidas propostas com o princípio da legalidade, ainda que ausente previsão expressa, na legislação vigente.

Quanto à saída antecipada, parte da premissa que as vagas nos regimes semiaberto e aberto não são inexistentes, mas insuficientes, de modo que a falta de vaga decorre do fato de que já há um sentenciado ocupando a vaga. Desse modo, sugere antecipar a saída de sentenciados que já estão no regime de destino, abrindo a vaga para aquele que acaba de progredir. Pela proposta, o sentenciado do regime semiaberto seria posto sob liberdade eletronicamente monitorada, ao passo que o sentenciado do aberto teria a pena substituída por penas alternativas. Propõe que a saída antecipada deve ser deferida ao sentenciado que satisfaz os requisitos subjetivos e está mais próximo de satisfazer o requisito objetivo, i.e., aquele que está mais próximo de progredir de regime²⁹².

No que tange à monitoração eletrônica, não se olvida tratar-se de instrumento desconfortável e estigmatizante, todavia, é vista como uma alternativa válida à permanência no âmbito carcerário, viabilizando as saídas e a prisão domiciliar, desde que adotada com a concordância do condenado²⁹³.

Quanto às penas restritivas de direito, o julgador reconhece que são aplicáveis de forma autônoma, inexistindo progressão, no curso da execução penal, de uma pena restritiva

²⁸⁹ Cf. Voto no Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, p. 8.

²⁹⁰ *Idem*, p. 14.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*, p. 15.

²⁹³ *Ibidem*, p. 19.

de liberdade para penas restritivas de direito. Contudo, alega que as penas restritivas de direito são mais proveitosas que a prisão domiciliar, ressaltando, ainda, que as são menos gravosas que as penas restritivas de liberdade, ainda que se trate de regime aberto.²⁹⁴

Esclarece, ainda, que as medidas elencadas na decisão podem e devem ser avaliadas pelos órgãos da execução como alternativas, destacando que a legislação nesse ponto não é rígida, cabendo ao juiz da execução, “com base na realidade do sistema prisional de sua localidade e do perfil dos sentenciados, estabelecer as medidas adequadas”²⁹⁵. De tal modo, confere às instâncias ordinárias do Poder Judicial margem para complementação e execução das medidas, oportunizando o desenvolvimento de soluções que minimizem a insuficiência da execução.

Aproximando-se do fim, a decisão analisada traça mecanismos a serem criados pelo CNJ, de modo a possibilitar a execução das medidas anteriormente elencadas. Recomenda a criação de um cadastro de sentenciados, numa plataforma informatizada, englobando todos os dados concernentes à execução da pena, permitindo um conhecimento rápido dos condenados com direitos aos benefícios executórios²⁹⁶. De maneira ativa, sugere, também, a estruturação de centrais de monitoração eletrônica e de acompanhamento das medidas alternativas.

A decisão relatada não é isolada. Nomeadamente, se alinha com o entendimento esposado pelo STF, especialmente exposto no julgamento da medida liminar da ADPF n.º 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, de setembro de 2015²⁹⁷.

Nessa oportunidade, o Tribunal considerou existente um quadro de “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de

²⁹⁴ Cf. Voto no Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, p. 20.

²⁹⁵ *Idem*, p. 21.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 37 e s.

²⁹⁷ Inobstante a inegável importância dessa decisão, optou-se por não a abordar como ponto principal, uma vez que se trata de julgamento de medida cautelar e não do pedido principal da ADPF; portanto, não sendo o julgamento definitivo transitado em julgado, é passível de mudanças.

políticas públicas”²⁹⁸ relacionadas ao sistema penitenciário nacional brasileiro, caracterizando-o como ‘estado de coisas inconstitucional’.

A ADPF, para além de envolver a problemática concernente à realização de melhorias em presídios e construção de novas instituições penitenciárias, recai sobre a interpretação e a aplicação das leis penais, sob o escopo de uma amenização da crise vivida pelo sobrelotado sistema penitenciário brasileiro.

Comparando as prisões brasileiras às “masmorras medievais”²⁹⁹, onde os detentos são privados de “superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual”³⁰⁰, configurando um tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia do estado. Reconhece-se, pois, que as penas privativas de liberdades, executadas em instituições nessas condições, convertem-se em penas cruéis e desumanas.

Partindo desse cenário recorrente, o Tribunal declara a violação de diversos preceitos contidos no texto da CRFB/88, bem como em tratados internacionais adotados pelo Estado brasileiro, designadamente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. E, importando um conceito da Corte Constitucional colombiana, entende-se estar diante de um ‘estado de coisas inconstitucional’³⁰¹, ante o conjunto de “ações e omissões notórias que fazem

²⁹⁸ Cf. STF, Acórdão da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/Distrito Federal, Relator: Min Marco Aurélio, julgada em 09/09/2015, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>, acesso em 03/03/2018.

²⁹⁹ *Idem*, p. 4.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 5.

³⁰¹ Trata-se de uma jurisprudência trazida pela Corte Constitucional da República de Colômbia, que é encontrada, a princípio, nas Sentenças T-153 de 1998 e T-388 de 2013, onde se declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), nas prisões e no sistema penitenciário e carcerário, respectivamente. A Corte Constitucional utiliza a figura do ECI com o fim de “buscar remédio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de

com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema”³⁰²

Afirma-se que a responsabilidade pelo estágio atingido não é exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, mas também do Judicial, aquando da interpretação e aplicação da lei penal. Exemplificando, aponta a responsabilidade do Poder Judicial – tal como demonstrado anteriormente – nos altos índices de presos sob custódia provisórias, que, em sua maioria, alcançam a absolvição ou a condenação a penas alternativas a final do processo³⁰³, em autêntica desproporcionalidade e descabimento; além da manutenção de elevado número de presos com penas cumpridas totalmente. Na verdade, argumenta-se que, em razão da complexidade do tema, não seria suficiente o esforço de um só Poder, mas antes um trabalho envolvendo todas as esferas estatais.

Em decorrência dessa realidade, e tendo em conta os possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, ensejadores de um excesso de presos provisórios, o STF determinou a realização de audiências de custódia,

personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural”, cf. Sentencia T-153/98. Pela Sentencia T-153/98 entendeu-se que os cárceres colombianos, caracterizados pela sobrelotação, eram produtores de flagrante violações dos direitos fundamentais dos reclusos, ordenando, dentre outras, a apresentação e implementação de plano para a construção e reforma carcerária, além de ordenar ao Presidente da República e ao Ministro da Justiça que, durante as execuções das obras necessárias, tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos penitenciários colombianos.

Já na Sentença T-388/2013, declara-se novo ECI do sistema penitenciário e carcerário, inobstante a existência de ações voltadas a solucionar o problema, ordenando ao governo nacional que continuasse a tomar as medidas adequadas e necessárias para superar o ECI, levando em conta os parâmetros estabelecidos pela decisão. Mais recentemente, no bojo da Sentença T-762 de 2015, reitera-se o ECI do sistema penitenciário colombiano, criticando-se a política criminal colombiana, entendida como reativa, populista, incoerente com tendência ao endurecimento punitivo e à política de segurança pública, cujas decisões não possuem fundamentos empíricos sólidos; a Corte indica que as causas da superlotação carcerária está intimamente relacionada ao manejo histórico da política criminal colombiana, sendo flagrante a violação dos direitos fundamentais nas instituições penitenciárias. Nesse julgamento, a Corte ordena ao Congresso e ao Governo Nacional colombiano a aplicação ao “estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos”, para além de diversas outras ordens e incentivos no sentido de mudar o quadro penitenciário colombiano.

³⁰² Cf. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, no Acórdão da Medida Cautelar da ADPF n.º 347/DF, p. 4.

³⁰³ Cf. Voto do Min. Marco Aurélio, no Acórdão da Medida Cautelar da ADPF n.º 347/DF, p. 28.

viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas³⁰⁴, contado do momento da prisão, de modo a compatibilizar o ordenamento jurídico pátrio com os art.ºs 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos³⁰⁵ e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos^{306,307}.

Ciente do carácter atípico da função desempenhada, determinando realização de audiência não prevista no CPP, apontou-se que a intervenção judicial é legítima ante a omissão estatal reiterada diante da situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Entretanto, admitiu que não incumbe ao Judiciário imiscuir-se na definição do conteúdo próprio das políticas públicas, cabendo-lhe, antes de mais, oferecer incentivos e parâmetros, de modo a afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente³⁰⁸, e, assim, preservar os direitos fundamentais encontrados na Carta Magna brasileira.

b) O caso Torreggiani e outros v. Itália no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

No âmbito europeu, mostra-se de extrema relevância o julgamento realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento da petição fundada no art.º 34 da

³⁰⁴ Em prol da delimitação temática, nos atemos à determinação direcionada ao Poder Judicial. A mesma decisão impôs a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional para cumprir as finalidades às quais foi criado, devendo o governo federal abster-se de realizar novos contingenciamentos

³⁰⁵ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro, entrando em vigor, em 24 de abril de 1992, e promulgado pelo Decreto n.º 592/92, prevendo o art.º 9.3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

³⁰⁶ Celebrada em 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, prevê no seu art.º 7.5. que “toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. (...)”.

³⁰⁷ Destaque-se que, até o presente momento, inexistia no CPP brasileiro texto legal que imponha o comparecimento do arguido ao juízo competente logo após sua prisão.

³⁰⁸ Cf. Voto do Min. Marco Aurélio, no Acórdão da Medida Cautelar da ADPF n.º 347/DF, p. 18.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, buscando a salvaguarda dos direitos humanos e da liberdade dos reclusos em penitenciárias sobrelotadas.

Conforme narra a Sentença, à época do recurso, os recorrentes encontravam-se cumprindo penas de reclusão nas instituições penitenciárias de Busto Arsizio e Piacenza, ambas na República Italiana.

Quanto às condições, alegavam que os recorrentes ocupavam celas de 9m² com outros dois reclusos; sendo disponibilizado a cada um deles, portanto, uma área de 3m². Igualmente, alegavam que a utilização dos chuveiros era limitada, decorrente da escassez de água quente no instituto. Os recorrentes que cumpriam penas na penitenciária de Piacenza denunciavam, ainda, a ausência de luz suficiente nas celas, consequência das barras metálicas instaladas nas janelas. Por seu turno, o Governo italiano afirmou que as celas da penitenciária de Piacenza possuíam uma área de 11m².

Anteriormente à petição dirigida ao TEDH, o recorrente Ghisoni e outros dois reclusos da penitenciária de Piacenza dirigiram-se ao Tribunal de Execução³⁰⁹ de Reggio Emilia denunciando as péssimas condições de reclusão, ocasionadas pela sobrelotação na instituição; outrossim, denunciavam a violação do art.º 3.º da Lei n.º 354, de 1975, sobre a ordem penitenciária³¹⁰.

Ao apreciar o referido clamor, o Tribunal confirmou as alegações, observando que as partes ocupavam celas concebidas para receber um preso, contudo, em razão da sobrelotação, eram ocupadas por três pessoas. Constatou-se que a maioria das celas detinham uma área de 9m². Mais afirmou-se que, no ano de 2010, a penitenciária abrigou entre 411 e 415 reclusos, enquanto sua capacidade prevista era de 178 presos, com expansão tolerável para até 376 reclusos.

³⁰⁹ Tradução livre, no original Tribunale di Sorveglianza, cujas atribuições são definidas pelo art.º 70, da Lei n.º 354, de 26 de julho de 1975, que regula o ordenamento penitenciário e a execução de medidas privativas e restritivas de liberdade na República Italiana.

³¹⁰ A título de elucidação, o referido artigo determina a igualdade de condições de vida entre prisioneiros e internados.

Como razões de decidir, baseou-se no julgamento do TEDH no caso Sulejmanovic contra Itália³¹¹, e nos ditames do art.º 3.º da Lei italiana n.º 354/1975, decidindo que os recorrentes foram submetidos a tratamento desumano por compartilhar espaços tão diminutos, além de sofrerem discriminação com os demais reclusos que dividiam celas com apenas uma pessoa.

Desse modo, o tribunal de execução determinou o encaminhamento do caso à direção da penitenciária, bem como ao Ministério da Justiça e da administração penitenciária, demandando soluções urgentes. Em resposta à decisão judicial, o recorrente foi transferido a outra cela, onde passou a dividi-la com apenas mais uma pessoa.

Retornando ao caso específico em análise – Torreggiani e outros v. Itália –, o TEDH iniciou sua análise pela legislação local pertinente ao caso. Em primeiro lugar está a já mencionada Lei n.º 354/1975, que regula o sistema penitenciário. Traz à baila o art.º 6.º da referida lei, em que estabelece as condições de vida dos reclusos nos espaços penitenciários. Com efeito, o texto legal determina que os espaços destinados a acolher reclusos devem ser amplos, iluminados com luz natural e artificial, ventilados e climatizado - de acordo com as condições climáticas -, dotados de banheiros reservados e decentes, instalações em boas condições de limpeza, além de outras exigências básicas.

Nessa mesma linha, evocou-se a jurisprudência local sobre temas semelhantes. Assim, apresentou-se a ordem n.º 17 de junho de 2011, decidida pelo tribunal de execução de Lecce, que julgou impróprias as condições de vida a que se submetiam os presos eram contrárias à dignidade humana e aos ditames legais, sendo, pela primeira vez na Itália,

³¹¹ Nessa oportunidade, o TEDH avaliou as condições de habitação dos reclusos, em especial quanto ao espaço físico das celas disponíveis, cf. European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Case of Sulejmanovic v. Italy* (Application no. 22635/03), Disponível em: <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/684112.pdf>, acesso em: 14/03/2018, que utilizou a média de 7m² para as celas, indicada pelo Council of Europe, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 2nd General Report on the CPT's activities, Strasbourg: 1992, p. 13.

determinada a indenização pelos danos existenciais decorrentes das péssimas condições carcerárias³¹².

Por outro lado, o TEDH considerou as medidas adotadas pelo Estado Italiano dirigidas ao problema da sobrelotação no cárcere. Para tanto, ressaltou que no ano de 2010 havia 67.961 presos em 206 prisões italianas, dotadas de uma capacidade máxima de 45.000 reclusos. Nessa época, a taxa de superlotação foi de 151%. Diante desse quadro, relembra que o Presidente do Conselho de Ministros decretou estado de emergência nas prisões italianas por um período de um ano, sendo elaborado um plano de intervenção, com construção de novos estabelecimentos, contratação de pessoal e disposições extraordinárias de relativas à execução de sentença.

No que tange aos documentos internacionais, o julgamento trouxe à baila o Segundo Relatório Geral elaborado pelo European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, que aborda a sobrelotação como fator diretamente associável às penas desumanas e degradantes³¹³. Igualmente, recorda a Recomendação n.º R (99) 22 do Conselho de Ministros da Europa, sobre a sobrelotação e inflação da população carcerária, em que aconselha a todos os Estados a tomarem as medidas necessárias – legais e administrativas – para conter a situação. Ainda nessa seara, cita a Recomendação n.º Rec (2006) 2, elaborada pelo Comitê de Ministros para os Estados Membros quanto às normas prisionais europeias que, para além de outras normas, apresenta recomendações específicas quanto às acomodações disponíveis aos presos.

Após discorrer sobre o fato impugnado e a legislação pertinente ao petitório, os julgadores afastaram a impugnação do Estado italiano quanto ao não esgotamento das vias internas, nos termos do art.º 35, n.º 1, da CEDH. Para tanto, afirmou-se que a sobrelotação dos cárceres italianos é um fenômeno estrutural e que não se limita à

³¹² Além de única, trata-se de decisão isolada, isso porque outros tribunais se entendem incompetentes para decidir essas questões, cf. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, Causa Torreggiani e altri c. Italia (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), Strasburgo: 2013, p. 3.

³¹³ O tema é novamente abordado pelo 7.º Relatório do Comitê, através do qual as péssimas condições decorrentes da sobrelotação carcerária são confirmadas como fonte de penas degradantes e desumanas, cf. Council of Europe, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *7th General Report on the CPT's activities*, Strasbourg: 1997, p. 7.

situação dos recorrentes. Entendeu-se que os recursos internos italianos não eram capazes de remediar a sobrelotação e oferecer aos reclusos condições dignas e humanas, sendo descartado seu esgotamento nos termos do art.º 35, n.º 1, da CEDH.

Já no mérito, o TEDH observa que é normal uma medida privativa de liberdade acarretar restrições ao preso; todavia, o fato de estar em uma prisão não pode significar a perda de todos os direitos consagrados pela CEDH³¹⁴. Na verdade, entende que a custódia do penado cria uma situação de maior vulnerabilidade, isso porque está sob total responsabilidade do Estado, motivo pelo qual caberia a este a obrigação positiva de assegurar aos reclusos condições dignas de vida, considerando todas as necessidades básicas da pessoa humana.

Outrossim, destaca que a aferição das condições dignas das prisões não é feita tão somente com base no espaço físico das celas, mas sim numa reunião de fatores, tais como a disponibilização de casas de banho privadas, ventilação, acesso à luz natural, qualidade de aquecimento, atenção aos cuidados básicos de saúde, etc. Desse modo, indica julgados anteriores que, inobstante a ocupação de celas entre 3 a 4 m², foi a privação de liberdade foi considerada degradante e inumana.

Nessa toada, no caso específico em apreço, o TEDH considerou violado o art.º 3.º da CEDH, argumentando que, ainda que as condições não tivessem sido impostas voltadas à humilhação ou degradação dos apenados, as mesmas significaram um sofrimento superior àquele inerente à privação da liberdade.

Argumentou-se que os dados revelam a violação do direito tanto dos recorrentes, quanto dos demais reclusos – atuais e futuros –, configurando um problema sistêmico, advindo de uma disfunção crônica do sistema pena italiano. Essa realidade, portanto, seria contrária aos direitos fundamentais previstos pela CEDH.

Considerando esse quadro, entendeu-se pela aplicação de um julgamento piloto³¹⁵, nos moldes do art.º 46 da CEDH, cujo objetivo é induzir ao Estado-membro a encontrar, a

³¹⁴ Cf. TEDH, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), Strasburgo: 2013, p. 11.

³¹⁵ O julgamento piloto é um procedimento utilizado pelo TEDH onde, na hipótese de uma grande quantidade de casos semelhantes, é selecionado um – ou mais – caso para que lhe seja atribuído um tratamento prioritário; nesses casos a Corte identifica problemas estruturais e/ou sistêmicos, que podem

nível nacional, uma solução para os demais casos individuais, decorrentes desse mesmo problema estrutural. Nesses moldes, o julgamento proferido pelo TEDH tem natureza declaratória, cabendo ao Estado-membro, sob supervisão do Comitê de Ministros, a escolha dos meios para cumprir a obrigação legal determinada.

O TEDH, nas razões de decidir, não deixa de reconhecer os esforços do Estado italiano em reduzir a população carcerária; contudo, incentiva a perpetuação e incremento desse empenho, vez que a taxa de sobrelotação permanece elevada. Do mesmo modo, reconhece a necessidade de esforços a longo prazo para de fato resolver o problema estrutural do sistema carcerário.

Todavia, assinala que, quando o Estado não é capaz de garantir ao recluso as condições de vida de acordo com os preceitos do art.º 3.º, da CEDH, é imprescindível que se reformule seu sistema carcerário de forma a garantir a dignidade dos reclusos. Nomeadamente, estimula o Estado Italiano a reduzir o número de pessoas encarceradas através de uma maior aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade, bem como através da diminuição da utilização da prisão preventiva³¹⁶.

Inobstante as recomendações, o TEDH reconhece que não lhe cabe sugerir aos Estados as disposições relativas às políticas criminais e à organização do respectivo sistema penitenciário, vez que alheio à sua função judicial. Todavia, ao justificar sua decisão, relembra as recomendações do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, já anteriormente citadas.

Desse modo, o TEDH não propõe medidas – que ao seu ver seriam adequadas – ao Estado italiano, deixando a cargo deste alterar os recursos já existentes e/ou criar novos de modo a sanar a violação decorrente da sobrelotação carcerária. Portanto, o que determina o TEDH é que as autoridades nacionais criem – ou reforcem – mecanismos aptos a solucionar essas violações, sendo estabelecido o prazo de um ano a partir do trânsito da decisão.

ser aferidos em casos similares, indicando medidas concretas a serem tomadas a nível doméstico em busca de solucionar o problema, cf. Favuzza, F., “Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy”, in *Human rights law review*, n.º 17, 2017 (pp. 153-173), p. 154.

³¹⁶ Sobre a prisão preventiva, ressalta o fato de que cerca 40% dos presos nos cárceres italianos eram pessoas sujeitas à prisão preventiva à espera de julgamento, cf. TEDH, *Causa Torreggiani e altri c. Italia...*, p. 15. Os números assemelham-se aos dados brasileiros, apresentados anteriormente.

Ainda no âmbito desse julgamento, o Estado italiano foi condenado à reparação dos danos imateriais sofridos pelos suplicantes, decorrentes da manutenção por longos períodos em locais impróprios à vida humana.

Em decorrência da condenação, o Estado italiano promoveu diversas mudanças legislativas, objetivando a redução da população carcerária³¹⁷, sob a supervisão do Comitê de Ministros. Em 8 de março de 2016, o referido Comitê lançou a Resolução CM/ResDH(2016)28, declarando o fim dessa supervisão, entendendo por cumpridas as medidas requeridas pelo art.º 46 da CEDH; sendo que, muito embora o quadro de sobrelotação carcerária não tenha sido erradicado, foi demonstrado um empenho significativo e contínuo do Estado italiano em solucionar o problema.

Portanto, no âmbito italiano, a decisão proferida no caso *Torreggiani* operou mudanças efetivas e positivas no sistema legal. Não obstante o reconhecimento do Estado italiano quanto aos problemas do sistema carcerário no ano de 2010, as mudanças necessárias a resolvê-los mostravam-se lentas e ineficazes; nesse contexto, o julgamento piloto impõe um efeito catalisador na seara legislativa, impulsionando a resolução pelas autoridades locais³¹⁸.

Consolidando-se como jurisprudência, os argumentos trazidos nesse julgamento foram utilizados no caso *Vasilescu v. Bélgica*³¹⁹. No caso em apreço, o requerente alegava que foi preso preventivamente pela Justiça belga, em 10 de outubro de 2011, permanecendo sob custódia em uma cela de 8m², dividindo-a com outros dois reclusos que fumavam e faziam uso de entorpecentes em seu interior³²⁰. Já em 23 de novembro de 2011, foi transferido para outro estabelecimento penal, onde foi alocado em cela sem provimento de água e instalações sanitárias, novamente compartilhando o local com outro recluso fumante³²¹. Além das condições físicas das instituições penais, o requerente afirmava ausência de prestação de tratamento médico, necessário ao seu quadro clínico.

³¹⁷ Sobre as medidas em concreto adotadas pelas autoridades italianas para cumprir o julgamento piloto, ver Favuzza, F., “*Torreggiani and Prison Overcrowding...*”, pp. 160 e ss.

³¹⁸ Cf. Favuzza, F., “*Torreggiani and Prison Overcrowding...*”, pp. 172 e s.

³¹⁹ TEDH, *Affaire Vasilescu c. Belgique*, (Requête n.º 64682/12), Strasburgo: 2014.

³²⁰ *Idem*, p. 2.

³²¹ *Ibidem*, p. 3.

Diante das condições físicas das unidades penitenciárias belgas, declara a violação do art.º 3 da CEDH, condenando ao Estado-membro o pagamento da quantia de 10.000 euros, em razão dos danos imateriais perpetrados ao requerente.

Igualmente, reconhece que os problemas decorrentes da sobrelotação dos cárceres são estruturais e não se limitam à esfera pessoal do requerente³²². Assim, recomenda ao Estado-membro a adoção de medidas gerais: de um lado, a garantir aos detentos as condições de detenção previstas pelo art.º 3.º, da CEDH; de outro, medidas que possibilitem ao recluso demandar internamente, visando impedir a continuação de uma violação de seus direitos fundamentais e/ou requerer a melhora de sua situação de detenção³²³.

c) O caso Brown v. Plata na Supreme Court Americana

Por fim, trazemos à baila o Julgamento da Suprema Corte Americana, no caso Brown v. Plata. Inobstante o fato ordenamento jurídico americano observar o regime do *common law*, com significativas diferenças em relação ao *civil law* – sistema adotado pela maioria dos estados-membros da Europa continental –, o teor da respectiva decisão é de abordagem imprescindível no tocante ao tema da sobrelotação carcerária. No presente julgado, encontrava-se sob análise da Suprema Corte decisão do tribunal de origem³²⁴, que, com base no *Prison Litigation Reform Act* de 1995 (PLRA), ordenou a redução da população carcerária do estado da Califórnia.

À época da decisão recorrida, as prisões californianas contavam com uma capacidade para abrigar, no máximo, 80.000 (oitenta mil) presos; todavia, sua população real atingia quase o dobro desse número³²⁵. Considerando as violações decorrentes da sobrelotação³²⁶, o tribunal de origem determinou ao Estado da Califórnia a redução de sua população carcerária para 137,5% da sua capacidade, em um prazo de 2 anos³²⁷.

³²² Cf. TEDH, *Affaire Vasilescu c. Belgique*, (Requête n.º 64682/12), Strasburgo: 2014, p. 33.

³²³ *Idem*, p. 34.

³²⁴ Tradução livre para facilitar a narrativa; no original “a three-judge court”.

³²⁵ Cf. Supreme Court of the United States, Brown, Governor of California, *et al.* v. Plata *et al.*, Appeal from the United States district courts for the eastern and northern district of California, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>, acesso em: 10/01/2018, p. 1.

³²⁶ No caso em voga, as violações recaíam, principalmente, sobre a impossibilidade de prover cuidados médicos adequados à população reclusa.

Considerou-se que, se a prisão em condições de sobrelotação priva os prisioneiros à subsistência básica, inclusive ao tratamento médico adequado, o tribunal teria a responsabilidade de remediar a violação à Oitava Emenda à Constituição norte americana, que veda punições excessivas, cruéis e incomuns. Para proferir tal decisão, era necessário que o tribunal de origem reconhecesse claro e evidente que a sobrelotação era a causa primária da violação e que nenhum outro remédio seria apto a impedi-la³²⁸.

Na decisão recorrida, o tribunal de origem avalia que os métodos disponíveis para diminuir a sobrelotação, nomeadamente os créditos advindos do bom comportamento e inclusão de condenados de “baixo-risco” em programas comunitários, produziriam pouco ou nenhum impacto na segurança pública³²⁹.

Por seu turno, na Suprema Corte, o julgamento do recurso não ocorreu de forma unânime, sendo 5 magistrados a favor da manutenção da decisão do tribunal de origem e 4 magistrados contrários à decisão recorrida. O voto prevalente foi proferido pelo magistrado Kennedy.

A opinião prevalente da *Supreme Court* corrobora a decisão recorrida, afirmando que a sobrelotação do sistema carcerário é a causa primária de violação de direitos constitucionalmente previstos³³⁰, devendo ser contida.

Com efeito, a opinião da Suprema Corte começa por relembrar duas ações federais: *Coleman v. Brown* e *Plata v. Brown*. A primeira delas, julgada em 1995, envolvia o tema de condenados com doenças mentais graves no estado da Califórnia, através da qual o tribunal *a quo* asseverou a falência sistêmica dos cuidados médicos prestados pelo sistema carcerário estadual³³¹. Doze anos após o julgamento, foi constatado que,

³²⁷ Cf. Supreme Court of the United States, *Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.*, p. 1.

³²⁸ *Idem*, p. 2

³²⁹ *Idem*, p. 5. Nesse tocante, expomos nosso entendimento quanto à impossibilidade da utilização da “segurança público” como critério para manutenção de condenados nos cárceres, devendo prevalecer o direito à liberdade. Igualmente, rechaça-se a possibilidade de o julgador figurar como agente de segurança pública, vedada a motivação de decisões com base nesse critério, e não nos delitos cometidos.

³³⁰ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, *Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.*, n.º 563 U.S. (2011) pp. 3 e ss.

³³¹ *Idem*, p. 8.

inobstante o lento progresso, o sistema médico para saúde mental estava se deteriorando³³².

De outra sorte, *Plata v. Brown*, recaía sobre as condições dos prisioneiros com graves condições de saúde. Após julgamento no ano de 2001, foram estipuladas medidas corretivas; todavia, não cumpridas pelo Estado da Califórnia. No bojo dessa ação, foi elaborado parecer que constata o papel crucial da sobrelotação carcerária nas péssimas condições dos atendimentos na área de saúde, bem como na propagação de doenças contagiosas e no aumento da violência carcerária.

Ambas as ações argumentam que uma solução verdadeira no sistema de saúde carcerário – incluso de saúde mental – não poderia ser alcançado sem a redução da população carcerária. Desse modo, baseando-se em ambas as ações, foi constituído um tribunal de três juízes, que, com base no *PLRA*, determinou a redução da população prisional. Com efeito, a decisão aqui analisada recai sobre a decisão desse tribunal constituído, que determina a redução da população carcerária para 137,5% da capacidade estipulada.

Como razões de decidir, a Suprema Corte parte da premissa que prisioneiro mantém a essência da dignidade humana, inerente a todas as pessoas. Sendo certo que uma prisão que priva os prisioneiros à manutenção básica, incluso no que tange aos cuidados médicos, são incompatíveis com o conceito da dignidade da pessoa humana, e não pode manter-se na sociedade civilizada³³³.

Partindo desse entendimento, o magistrado é categórico ao afirmar que, na hipótese de o governo falhar em cumprir a obrigação de manutenção da dignidade da pessoa humana, é de responsabilidade da Suprema Corte remediar a violação contundente da Oitava Emenda à Constituição. Muito embora considere importante o apoio do Poder Judicial às políticas de punição e detenção³³⁴, destaca que as cortes judiciais não podem permitir violações constitucionais simplesmente pelo fato das soluções possíveis configurarem uma intromissão na esfera da administração prisional.

³³² Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, *Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.*, n.º 563 U.S. (2011), p. 9.

³³³ *Idem.* 13.

³³⁴ Vale ressaltar, mais uma vez, que não compartilamos dessa visão.

A *Supreme Court* afirma que a decisão recorrida atende aos critérios elencados pela *PLRA* para a determinação da redução da população carcerária: de um lado, atestou-se que a sobrepopulação é a causa primária da violação dos direitos federais; de outro, restou evidente que a respectiva violação não cessaria sem a redução da população³³⁵.

Com efeito, a *Supreme Court* entende que o remédio aplicado com bojo na *PLRA* deve ser proporcional à violação, não podendo ultrapassar os limites do necessário para salvaguardar os direitos violados³³⁶. A decisão ressalta que, anteriormente, em episódios baseados na mesma legislação, os remédios aplicados pelos tribunais de origem foram rejeitados, vez que considerados desnecessários³³⁷.

Noutra vertente, é avaliado pela *Supreme Court* a eventual influência da redução da população carcerária nos índices de criminalidade, demonstrando uma atuação voltada para os interesses da segurança pública. Todavia, entendeu-se que a redução da população carcerária poderia, até mesmo, melhorar a segurança pública³³⁸.

Entretanto, um julgamento de tal magnitude, que determina a soltura de 46.000 reclusos, não deixa de levantar entendimentos contrários e desfavoráveis. Como supracitado, o julgamento na *Supreme Court* passou longe da unanimidade, havendo votos contrários no sentido de afirmar que a ausência – ou potencial ausência – de tratamentos médicos em prisões sobrelotadas não seria suficiente a comprovar a violação à Oitava Emenda³³⁹. Igualmente, os magistrados contrários refutaram a atuação política do Tribunal³⁴⁰, e ressaltam eventual violação da separação de poderes. Por fim, outra crítica apresentada pela oposição residia na preocupação com a segurança pública.

³³⁵ Mostra-se interessante a avaliação da decisão recorrida quanto à construção de novos presídios: o tribunal assinalou a crise fiscal enfrentada pelo estado da Califórnia à época, buscando-se, assim, remédios que não surtisses um aumento de gastos ao Estado, cf. Supreme Court of the U.S., Opinion of the Court, *Brown v. Plata et al*, n.º 563 U.S. (2011) pp. 30.

³³⁶ Cf. Supreme Court of the U.S., Opinion of the Court, *Brown v. Plata et al*, n.º 563 U.S. (2011) pp. 34.

³³⁷ *Idem*, p. 34.

³³⁸ *Ibidem*, p. 38.

³³⁹ Cf. Supreme Court of the U.S., Scalia, J., dissenting, *Brown v. Plata et al*, n.º 563 U.S. (2011) pp. 4 e ss.

³⁴⁰ *Idem*, p. 7.

Inobstante as críticas contrárias à manutenção da decisão recorrida, prevaleceu o entendimento de que a sobrelotação carcerária era causa precípua das péssimas condições em que os presos do sistema carcerário eram submetidos – especialmente quanto à disponibilidade de tratamento médico - justificando a adoção da medida radical, traduzida na soltura dos reclusos.

2. Da legitimidade das decisões

Todas as decisões anteriores, ainda que por motivos distintos, recaem sobre a sobrelotação carcerária, estipulando medidas, que, numa leitura superficial, extrapolam as funções típicas do Poder Judicial. No entanto, fundando-se na proteção dos direitos humanos e nas soluções adotadas por cada Corte, é possível vislumbrar a legitimidade das respectivas decisões.

Isso porque, em um primeiro momento, todas assentam-se na proteção efetiva dos direitos fundamentais dos reclusos, protegidos a nível nacional e internacional. Seja pelo texto das respectivas Cartas Constitucionais, seja pela observação de tratados e convenções internacionais, veda-se a existência de penas cruéis e desumanas, tal como são aquelas cumpridas em cárceres sobrelotados.

Com efeito, o art.º 27 da Constituição da República Italiana afirma que as penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade. Nessa mesma linha, a CRFB/88, veda o tratamento desumano ou degradante, bem como penas cruéis (art.º 5.º, III e XLVII, ‘e’, respectivamente). Por seu turno, a Emenda VIII à Constituição Americana é taxativa ao proibir as penas cruéis ou incomuns.

A nível internacional, as já citadas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, traz como princípio basilar o emprego de tratamento respeitoso, inerente ao valor e dignidade do ser humano, com o recluso. Proíbe-se a tortura e/ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, que não se justificam por qualquer circunstância. Ademais, partindo da premissa que a detenção - tal como qualquer outra medida que exclua uma pessoa do contato com o mundo exterior -, por si só, é extremamente penosa, lhe retirando seu direito à autodeterminação, as Regras afirmam que o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação.

Seguindo essa corrente, a CEDH, em seu art.º 3.º, afirma que ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. De igual

modo, a Convenção Americana sobre direitos humanos, através do texto do art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, declara que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, vedadas as penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, devendo o preso ser tratado com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

E, apesar da imensa legislação pertinente, é recorrente o desrespeito aos direitos fundamentais dos reclusos, principalmente resultante dos quadros de sobrelotação carcerária. Em relatório recente formulado pela Humans Rights Watch, em relação às prisões brasileiras, afirma-se que a superlotação e a falta de pessoal tornam impossível o controle das instituições pelas autoridades, proliferando os casos de violência entre os internos, além de ser notória a deficiência nos serviços de assistência jurídica e de saúde, com escasso acesso às oportunidades de trabalho e estudo³⁴¹.

Seria caso para dizer que o texto legal seria “letra morta”, sem eficácia e efetividade. A sensação é reforçada pela inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, que evitam lidar com tais temas, seja pela filiação às doutrinas pautadas no encarceramento, seja pela significativa impopularidade do assunto na sociedade.

Nesse contexto, diante a omissão latente dos demais poderes, é fundamental a atuação do Poder Judicial, de modo a conferir efetividade aos direitos fundamentais, defendidos tanto pelas respectivas Constituições, quanto pelos documentos internacionais, não se traduzindo, nessa atuação, uma violação à Separação dos Poderes³⁴².

Com efeito, o art.º 19.º, CEDH, estabelece que o TEDH é criado justamente para garantir o respeito aos compromissos oriundos da respectiva Convenção. Assim, cabe ao TEDH implementar a convenção, garantindo a proteção dos direitos humanos a todos

³⁴¹ Cf. Human Rights Watch, *World Report 2018: Brasil*, disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>, acesso em: 27/03/2018. Em relatório anterior, focado no estado de Pernambuco, cuja taxa de ocupação é de 291% (vd. Infopen 2017), descreve-se a situação de um pavilhão de uma das unidades penitenciárias: com capacidade oficial para 50 pessoas, abrigava 170, sendo que “alguns dormia, sobre ou embaixo de leitos de madeira improvisados. Outros dormiam no chão, em um pátio estreito com espaços divididos por lençóis, apenas a alguns passos de um esgoto a céu aberto. Os 170 homens compartilhavam dois vasos sanitários” cf. Human Rights Watch, “*O Estado deixou o mal tomar conta*”: a crise do sistema prisional do estado de Pernambuco, 2015, p. 8.

³⁴² Nesse sentido, vd. Monteiro da Silva, R., “Ativismo judicial e controle de políticas públicas”, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 7, n.º 1, 2017 (pp. 13-27), p. 16.

os indivíduos de cada Estado-membro³⁴³. Por sua vez, a CRFB/88, no art.º 102, atribui ao STF, precipuamente, a competência da guarda da Constituição, e, consequentemente, de todos os direitos nela previstos.

Nessa toada, ainda que os textos legais não definam o que se entende por tratamento degradante e/ou desumano, não se pode negar que as condições impostas aos reclusos em sistemas penitenciários sobrelotados ferem de morte os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, privando-os não só de sua liberdade, mas também da sua dignidade³⁴⁴.

Portanto, nesse viés, ambos os Tribunais atuaram na medida necessária para assegurar os direitos humanos dos reclusos. Ante a inércia dos demais poderes em desenvolver políticas públicas aptas a resguardar os direitos fundamentais dos reclusos, surge a possibilidade da intervenção do Poder Judicial. Essas decisões não só protegem os respectivos textos legais, como também visam atribuir-lhes efetividade, deixando de lado a impressão de que são apenas letra morta, vez que continuamente violados.

Do mesmo modo, as decisões são dotadas de plena legitimidade em razão das soluções indicadas por cada uma delas. Inobstante a influência sobre medidas de cunho político, todos os Tribunais não se imiscuem na seara política/legislativa, deixando a cargo dos entes competentes a indicação das medidas necessárias para a redução da sobrelotação. Portanto, os referidos Tribunais instigam a concretização de medidas concretas aptas a assegurarem os direitos fundamentais dos reclusos, retirando os demais poderes da inércia.

Por fim, ainda que os Acórdãos citados possam ser vistos como sinônimo de ativismo judicial – no mau sentido da expressão – e até mesmo de certa arbitrariedade, não coadunamos com essa tese. Ao revés, concluímos que uma Corte não pode anuir com violações dos direitos fundamentais, devendo enfrentar as situações que lhe são

³⁴³ Popovic, D., “Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the european court of human rights”, in *Creighton Law Review*, Vol. 42, 2009, (pp. 361-396), p. 372.

³⁴⁴ Ademais, na qualidade de autoridade máxima garantidora dos direitos previstos na CEDH, é inevitável que o TEDH realize a interpretação do seu texto, possibilitando a aplicação das normas às diversificadas situações concretas, bem como a sua solução de maneira efetiva, cf. Londras, F., Dzehtsiarou, k., “Managing judicial innovation in the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, n.º 15, 2015 (pp. 523-547), pp. 525 e s.

colocadas nesse âmbito, mesmo que envolvam questões políticas³⁴⁵, tal qual é o tema da sobrelotação carcerária.

Conclusão

A prisão, como instrumento de pena, é uma construção relativamente recente no Direito Penal. Embora recente, encontra-se sacramentada em múltiplos ordenamentos jurídico, figurando, até hoje, como pena principal – mas não única. Ademais, tem-se notado um uso exacerbado dessa modalidade de pena privativa de liberdade, gerando graves consequências para o sistema penitenciário, e refletindo negativamente nos apenados e, consequentemente, na comunidade.

Através da trajetória histórica da prisão, até sua ascensão como pena principal, percebe-se que a mesma não se deu exclusivamente em razão do desenvolvimento da doutrina penal, mas sim por forte influência de fatores externos, tais como políticos, econômicos e sociais. Igualmente, esses elementos são fundamentais para a variação da utilização da pena de prisão, tanto para mais, quanto para menos.

Nesse âmbito, para compreender a relação do sistema punitivo com os meios externos, mostrou-se fundamental asseverar quanto ao desenvolvimento do *Welfare State*, fortemente presente nos anos pós-guerra, cuja rede de solidariedade é impulsionada na sociedade, bem como a fomentação de medidas assistencialistas para grupos minoritários e mais necessitados, passando-se a falar em previdenciarismo penal.

Sob efeito dessa ideologia, o viés reabilitador, tem maior importância se comparado à retribuição - em nítida tendência solidária da comunidade. Desse modo, a pena de prisão era colocada em segundo plano, uma vez que oferece baixos resultados ressocializadores. Outrossim, com base no *Welfare State*, o sistema punitivo não é fonte de redução dos índices de criminalidade; ao revés, acreditava-se que tal redução seria fruto do progresso econômico e da promoção da justiça social.

³⁴⁵ Cf. Queiroz Barboza, E.M., Kozicki, K., “O *judicial review* e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais”, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n.º 3, 2016 (pp. 733-752), p. 750.

Contudo, sob fortes críticas quanto à legitimidade das medidas intervencionistas sobre direito e personalidade do agente, e, de outro ponto de vista, quanto ao descrédito da reabilitação para a redução das taxas de criminalidade, o previdenciarismo penal começa a ruir e a pena de prisão é resgatada.

Para além das críticas de carácter penológico, o regresso à pena de prisão nessa época é embasado na virada de valores da sociedade, onde a solidariedade é substituída pelo individualismo. Em decorrência dessa mudança, os regimes exclusivos – tal como a prisão – são bem recepcionados pela sociedade, favorecendo o endurecimento das leis penais e o clamor pelo encarceramento.

Contemporaneamente, a voz popular pelo recrudescimento penal permanece forte. A sociedade extremamente individualista, envolta numa cultura do medo e da insegurança, é acalentada por legislações penais simbólicas. E, movido pela opinião pública, o processo legislativo expande o direito penal, transformando-o em instrumento para gerir problemas sociais.

No entanto, os reflexos de políticas punitivistas não se restringem ao processo legislativo, recaindo, também, no Poder Judicial. Com efeito, partimos da premissa que o operador do direito, em especial aquele com poderes decisórios, são capazes de atribuir efetividade às normas legais punitivas. Por meio dos espaços de discricionariedade permitidos ao julgador, é possível concretizar visão encarceradoras e punitivistas.

Com efeito, é frequente encontrar a atividade jurisdicional imiscuída com atividades de agente de segurança pública. Em outras palavras, a atuação jurisdicional passa a ser vista – tanto pela comunidade quanto pelos membros do Poder Judicial - como ator fundamental na “guerra contra o crime”. O processo penal é elevado à instrumento de pacificação social, onde a pena de prisão é utilizada em prol da segurança pública.

Nesse contexto, a jurisprudência pode ser um fator fomentador da população carcerária. Essa assertiva é confirmada pela análise realizada a respeito das penas privativas de liberdade de curta duração. Muito embora amplamente rechaçada pela doutrina, e com uma gama de medidas alternativas, sua aplicação permanece na prática jurídica.

Da mesma maneira, a jurisprudência reforça o cenário de sobrelotação carcerária pela determinação exacerbada de prisão preventivas. Em latente descaracterização do

carácter excepcional, a medida de coacção privativa de liberdade é determinada em demasia. As mudanças legislativas em prol de medidas coativas menos graves, não é, por si só, suficiente para alterar o alto número de presos em razão de prisões preventivas. Por meio da jurisprudência brasileira avaliada, restou evidente a rejeição dos julgadores às medidas menos graves, resultando em uma baixa aplicação.

Portanto, em ambas as hipóteses, a legislação não é suficiente a solucionar as mazelas do sistema penitenciário. Com efeito, é imprescindível uma aceitação – e aplicação – pelo Poder Judicial das medidas alternativas à privação de liberdade, de modo a reduzir, de facto, os números de detentos sob custódia dos Estados.

Sem embargo, é preciso reconhecer que o Poder Judicial, especialmente por atuação das Cortes Superiores, também pode ser um importante aliado do combate à sobrelotação carcerária. Essa atuação é justificada – e legitimada – em prol da proteção dos direitos fundamentais dos reclusos. Igualmente, justifica-se frente à inércia dos demais Poderes em agir de maneira ativa e eficaz contra a sobrelotação carcerária

Assim, a relação do Poder Judicial com a sobrelotação carcerária é ambivalente, isto é, atua de modo tanto a influenciar quanto a reduzir esse quadro. E, considerando os fundamentos por trás de cada um desses vieses, defendemos a necessidade da prevalência do ponto de vista combativo, devendo o Poder Judicial ser fonte de proteção do Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais à ele inerentes; e não como concretizador de políticas punitivistas, encarceradoras e seletivas.

Bibliografia

AEBI, M. F., TIAGO, M.M., BURHARDT, C., *Space I – Council of European annual statistics: prison populations - survey 2014*, Strasbourg: Council of Europe, 2015

ALBRECHT, H.J., “Finding effective solutions. Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities”, in United Nations Asia and Far East Institute for the prevention of crime and the treatment of offenders (UNAFEI), *Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities*, Tokyo, 2011 (pp. 65-130).

ALLEN, R., “Current situation of prison overcrowding”, in United Nations Asia and Far East Institute for the prevention of crime and the treatment of offenders (UNAFEI), *Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities*, Tokyo, 2011 (pp. 39-42).

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., JIMÉNEZ, A. Q., “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)”, in ROCA, J. G., SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.^a Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (pp. 129-199).

ALVES, S., “As punições arbitrárias no ocaso do antigo regime: uma reflexão sobre a discricionariedade judicial através da história do direito penal”, in Florêncio Filho, M.A., Fonseca, P.H.C. (Coords.), *Ciências penais e teoria do direito em perspectiva: estudos em homenagem ao professor Claudio Brandão*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017 (pp. 247-278).

BATISTA, N., *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11.^a ed., Rio de Janeiro: 2007.

BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, E-book, Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes.

BECHO, R. L., “Conflitos de jurisprudência entre STJ e STF”, in *Instituto Brasileiro de Estudos Tributários*, 2017, disponível em: <http://www.ibet.com.br/wp->

<content/uploads/2017/11/Conflitos-de-jurisprud%C3%Aancia-entre-STJ-e-STF.pdf>,

acesso em: 23/03/2018

BECKETT, K., WESTERN, B., “Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy”, in GARLAND, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 35-50).

BUIZA, A.A., “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa” in Roca, J. G., Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.^a Ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 (pp. 325-341).

BUTLER, A. W., Ninth International Prison Congress, in *Journal of criminal law and criminology*, vol. 16, 1926 (pp. 602-609).

CAFFARENA, B.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

CARVALHO, S., *Penas e Garantia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO-RODRIGUES, A., SAcáu, A., “Sentence pronouncements: what judges say when sentencing”. In *European Journal of Criminology*, vol. 11 (3), 2014 (pp. 379-397).

_____, *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COLLAÇO, R., “Desenvolvimento: uma questão de justiça”, in AMB – Associação dos magistrados brasileiros, *Pesquisa AMB 2006*, Brasília: AMB, 2006, disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/pesquisa2006.pdf>, acesso em 10/02/2018.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia T-153*, de 28 de abril de 1998, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>, acesso em: 03/04/2018.

_____, *Sentencia T-388*, 2013, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>, acesso em: 03/04/2018.

_____, *Sentencia T-762*, 2015, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>, acesso em: 03/04/2018.

COUNCIL OF EUROPE, European committee on crime problems, Council for penological co-operation, Directorate General human rights and rule of law, *White paper on prison overcrowding*, 2015.

_____, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *2nd General Report on the CPT's activities*, Strasbourg: 1992.

_____, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *7th General Report on the CPT's activities*, Strasbourg: 1997.

DAMÁSIO, E.J., *Regras de Tóquio: comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não-privativas de liberdade*, Trad. Damásio E. de Jesus, Brasília: Ministério da Justiça, 1998.

DITTON, P.M., *et al*, *Truth in sentencing in state prisons*, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics: 1999, disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/sp13s.pdf>, acesso em 06/02/2018.

DONDERIS, V. C., *Derecho penitenciario*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DOWNES, D., “The macho penal economy: mass incarceration in the United States – a European perspective”, in in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 51-69).

FABIÃO, F., *A prisão preventiva*, Braga: Cruz, 1964.

FAVUZZA, F., “Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy”, in *Human rights law review*, n.º 17, 2017 (pp. 153-173).

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FOUCAULT, M. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*, trad. Ivone C. Benedetti, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

_____, *Vigiar e punir*, Trad. Raquel Ramalhe, 41ª ed., Petrópolis: Vozes: 2013.

GARCÍA ESPAÑA, E., “La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015: ¿de la discriminación a la reinserción?”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-07, (p. 1-31), 2016, disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-07.pdf>, acesso em: 20/01/2018.

GARLAND, D., *Punishment and welfare: a history of penal strategies*, Aldershot: Gower, 1985.

_____, *Punishment and modern society: a study in social theory*, 5.ª reimp., Oxford: Claredon Press, 1997.

_____, “The meaning of mass imprisonment”, in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 01-03).

_____, *A cultura do controle: crime e ordem social sociedade contemporânea*, Trad. André Nascimento, Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GÓMEZ, D.V., “¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España, in *Revista para el análisis del derecho – InDret*, n.º 1, 2009, disponível em www.indret.com, acesso em 20/11/2017.

HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde e Mª del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____, *Direito penal libertário*, Trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HORVART, G., “Short term sentencing alternative with treatment implications: past, present and future”, in Haesler, W.T. (Coord.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen = Alternatives aus courtes peines privatives de liberte = Alternatives to short-term imprisonment*, Diesshofen: Verlag Rüeger, 1979 (pp. 149-160).

HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2018: Brasil*, disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>, acesso em: 27/03/2018.

_____, “O Estado deixou o mal tomar conta”: a crise do sistema prisional do estado de Pernambuco, 2015.

KOPPEL. H., *Sentencing practices in 13 states*, U.S. Departament of Justice, Bureau of Justice Statistics: 1984, disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/sp13s.pdf>, acesso em 05/07/2017.

LEWANDOWSKI, R., “Apresentação”, in Brasil, Conselho Nacional de Justiça, *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

LONDRAS, F., DZEHTSIAROU, K., “Managing judicial innovation in the European Court of Human Rights”, in *Human Rights Law Review*, n.º 15, 2015 (pp. 523-547).

LOPES JR, A., MORAIS DA ROSA, A., “Crise de identidade da ‘ordem pública’ como fundamento da prisão preventiva”, in *Portal Consultor Jurídico*, 2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>, acesso em: 17/02/2018.

MARTÍN, L., et al, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MATHIESEN, T., “Television, public space and prison population: a commentary on Mauer and Simon”, in in Garland, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 28-34).

MONTEIRO DA SILVA, R., “Ativismo judicial e controle de políticas públicas”, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 7, n.º 1, 2017 (pp. 13-27).

MAUER, M., “The causes and consequences of prison growth in the United States”, in GARLAND, D. (Coord.), *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London: Sage Publications, 2001 (pp. 04-14).

_____, “Incarceration rates in an international perspective”, in *Oxford research encyclopedia, criminology and criminal justice*, Oxford University Press USA, 2017, disponível em: <http://criminology.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-233?print=pdf>, acesso em 05/02/2018.

MELCHIOR, A.P., “O juiz ‘agente de segurança pública’ é o inquisidor” in *Justificando*, 2017, disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>, acesso em 10/02/2018

MELOSSI, D., PAVARINI, M., *As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*, Trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRO, *A aplicação de penas e medidas alternativas: Relatório de pesquisa – Sumário Executivo*, novembro de 2014, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>, acesso em 19/02/2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL, *Olhar para o futuro para guiar a ação presente: relatório sobre o sistema prisional e tutelar*, Setembro 2017, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=29dd78f7-d076-4d80-a09b-6b2c94ec09d5>, acesso em 15/12/2017.

MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011.

_____, *Derecho penal: parte general*, 10ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

MORAES ROCHA, J. L., *Ordem pública e liberdade individual: um estudo sobre prisão preventiva*, Coimbra: Almedina, 2005.

PALMA, M.F., *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_22910.pdf, acesso em 10/11/2017.

PATRÍCIO, R., *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português: alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

POPOVIC, D., “Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the european court of human rights”, in *Creighton Law Review*, Vol. 42, 2009, (pp. 361-396).

QUEIROZ BARBOZA, E.M., KOZICKI, K., “O *judicial review* e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais”, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 17, n.º 3, 2016 (pp. 733-752).

RADZINOWICZ, L., “Introduction”, in WEBB, S., WEBB, B., *English prisons under local government*, English local government, vol. 6, London: Franck Cass and Co., 1963.

RIPOLLÉS, J.L.D., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 06-03, 2004, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, acesso em: 09/07/2017.

_____, “El abuso del sistema penal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-01, 2017, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>, acesso em: 23/11/2017.

ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?” in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 11, 2009, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>, acesso em 23/11/2017.

ROXIN, C., “Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal”, in Ambos, K., *et al.* (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Vol. 1, Göttingen: Göttingen University Press, 2016 (pp. 113-120).

RUSCHE, G., KIRCHHEIMER, O., *Punição e estrutura social*, trad. Gizlene Neder, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan: 2004.

SABOL, W.J., et al., *The influences of truth-in-sentencing reforms on changes in state's sentencing practices and prison populations*, Urban Institute, Justice Policy Center: 2002.

SANTOS, A. R., “Discurso sobre a pena de morte e reflexões sobre alguns crimes” in *Jornal de Coimbra*, num. XXXIII, parte II, (pp. 101-147), disponível em: <https://www.fd.uc.pt/comemoracoes150anosabolicaopenamorte/pdf/discurso.pdf>, acesso em: 23/11/2017.

SANTOS, T. (Org.); ROSA, M.I. (Cool.), *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2015*, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

_____, *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2014*, Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

SAMUEL, F.O., *O problema carcerário brasileiro e o judiciário: juízes/as são agentes de segurança pública? Reflexões sobre (in)coerência e alteridade*, n.p., Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília: 2017, disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2311/Dissertacao_Fernando%20Oliveira%20Samuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y acesso em 10/02/2018.

SCHWABE, J. (Comp.), MARTINS, L. (Org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, Trad. Beatriz Henning et al, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA DIAS, A., “A prisão preventiva após a revisão de 2007 do código de processo penal: foi superada a crise?”, in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, (pp. 1379-1393).

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA NETTO, J.L., “A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção”, in *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2 (2016), n.º 3 (pp. 811-842).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Brown, Governor of California, *et al.* v. Plata *et al.*, Appeal from the United States district courts for the eastern and northern district of California, disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>, acesso em: 10/01/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO, Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em: 11/05/2016, publicado em: 17/05/2016, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310034651&ext=.pdf>, acesso em: 01/03/2018.

_____, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/Distrito Federal, Relator: Min Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal, julgada em 09/09/2015, publicada em 14/09/2015. disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>, acesso em 03/03/2018.

SVERI, K. “The case for short-term imprisonment”, in HAESLER, W.T. (Coord.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen = Alternatives aus courtes peines privatives de liberte = Alternatives to short-term imprisonment*, Diesshofen: Verlag Rüeger, 1979 (pp. 191- 208).

Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Grand Chamber, *Affaire Vasilescu c. Belgique*, (Requête n.º 64682/12), Strasburgo: 2014, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-148507%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-148507%22]}), acesso em: 10/03/2018.

_____, *Case Letellier v. France (Application no. 12369/86)*, disponível em: [http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Letellier%20v.%20France%20\[26%20Jun%201991\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Letellier%20v.%20France%20[26%20Jun%201991]%20[EN].pdf), acesso em: 17/02/2018.

_____, *Case of Medvedyen and Others v. France (Application no. 3394/03)*, disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/bfc2b7/pdf/>, acesso em: 20/08/2017.

_____, *Case of Sulejmanovic v. Italy* (Application no. 22635/03), disponível em: <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/684112.pdf>, acesso em: 14/03/2018.

_____, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), Strasburgo: 2013, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-116248%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-116248%22]}), acesso em 17/03/2018.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, Bureau of Justice Assistance, *Report to congress: violent offender incarceration and truth-in-sentencing incentive formula grant program*, 2012, disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/VOITIS-Final-Report.pdf>, acesso em 06/02/2018.

WACQUANT, L., *As prisões da miséria*, Trad. Maria Luiza X. de A. Borges, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZÚNIGA, L., “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo”, in *Revista Electrónica do Centro de Estudios de Derecho Penitenciario da Universidad de San Martín de Porres*, ano 1, nº 1, 2011, disponível em: http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/laura_zuniga_rodriguez.pdf, acesso em 10/10/2017.